BIBL. NAZ.
Vitt. Emanuele III.
RACCOLTA
VILLAROSA
C
146 (1
NAPOLI

Digitized by Google

Arch.
Vet. C
146 C[1]

Digitized by Google

5929F5

Digitized by Google

JOSEPHI CYRILLI
JURISCONSULTI,
E T.
PRIMARII ANTECESSORIS NEAPOLITANI
IN LIBROS IV.
INST. JURIS CIVILIS
COMMENTARIUS
REPETITÆ PRÆLECTIONIS

EDITIO NOVA.

TOMUS I.

NEAPOLI

SUMTIBUS, AC TYPIS VINCENTII VRSINI.

MDCCLXXXII.

Digitized by Google

ROMANI JURIS
HISTORIA.

ROmana, quam profitemur, Juriſprudentia cum Urbe nata ad Juſtinianum uſque proceſſit. Leges per id tempus, quo Romae regnatum, tulere ad Populum Reges ea ſolenni rogatione, *Velitis iubeatis &c.*, juſſit Populus a Romulo in Curias, a Servio in Centurias deſcriptus: unde & *Regiae*, & *Curiatae*, & *Centuriatae* dictae ſunt. Eae publicum jus potius, quam privatum ſpectabant. Servii laus eſt, multa de contractibus, atque injuriis privatis caviſſe. Dionyſ. Halicarnaſ. *Antiqu. IV. p.* 216. De *manu Regia* apud Pomponium in *L.* 2. §. 1. *de orig. iur.* v. noſtram. *Diſſert. De Regum Romanorum arbitrio, ac Legibus*. Quamquam autem Leges ad univerſum Populum ferrentur, tamen earum tanquam arcanae rei cuſtodes jam inde a Romulo Patricii ſoli: ſed hi illas pro re nata explicabant plebeis, quos receperant in clientelam. Halicarnas. *II. p.* 84. Jus id diu ſibi conſervaſſe Patricios, demonſtratum a nobis eſt in *Diſſert. De arcana Romanorum Juriſprudentia*. Aliquanto poſt pulſos Roma Reges Papirius, ſeu Papiſius (*a*) quidam, de cujus praenomine foeda ſcriptorum inconſtantia (*b*), Le-

(a) *Poſtquam Appius Claudius ſive Caecus, ſive Centummanus, ſive Craſſus (namque id nunc non quaero. V. Bynkershoek in Praetermiſ. ad d. L. 2. §. 36.) caninam literam reperit*, Papirii, Valerii, Furii *dicti, qui antea* Papiſii, Valeſii, Fuſii: *&* Jura, *quae olim* Juſa *vocabantur. Cici Ep. ad ſam. IX.. 21. (In hunc locum V. Schubartum De fat. Juriſpr. Rom. Exerc. I, 36.) Pomp. d. §. 36., Coler. Parerg. c. 18.*

(b) *V. noſtr.* Diſſert. De praetermiſſis ad L. 2. de O. J.

Leges Regias contulit in unum volumen, cui titulus *Jus Civile Papiriarum*: & is tamen nihil adjecit de ſuo, L. 2. §. 2. & 36. *eod.* Tum Granius Flaccus Julio Caeſari aequalis, ut Cenſorini teſtimonio *De die natal. c. 3.* Duckerus probat *De Latinin. Juriſc. p. 157.*, in volumen illud Papirii Commentarium ſcripſit, qui *Liber de iure Papiriano* dicitur Paulo in *L. libro 144. de V. S.* Utrumque opus longa aetas nobis invidit. Fragmenta duo Regiarum Legum, alterum in *L. 2. de mort. inf.*, quod peculiari Diſſert. illuſtravit Zacharias Huber, alterum in Macrobii *Satur. III.*, 11., probabiliter ex Granio Flacco, certe vero aliunde, quam ex Papirio, repetenda, quod in ſpeciem commentarii ſint ſcripta. Fragmenta ex antiquis monumentis exſculpta dedere Guil. Forſterus, A. Contius, Fr. Balduinus, A. Auguſtinus, P. Manutius, P. Merula, Fulvius Urſinus, Juſtus Lipſius, Fr. Modius, *Steph.* Pighius, A. Sylvius, Carolus Signonius, Pandulphus Pratejus, Conradus Rittershuſius, aliique nonnulli. Tabula XVIII. Curiatas Romuli Leges exhibens, quam Jo: Barth. Marlianus Fr. Balduino dedit, licet ex veteris hiſtoriae fide deſcripta, antiquitatis ſanctitatem non habet.

Regni finem, Conſulatus initium attulit annus ab V. C. CCXLIV.: ac perpetua unius Regis poteſtas annua duorum Conſulum facta eſt, ne, ut praeclare Florus *Hiſt. I, 9.*, *mora*, *vel ſolitudine corrumperetur*, Teſtis eſt autem Pomponius *d. L. 2. §. 3. & 4.*, *exactis Regibus Lege Tribunicia omnes Leges* Regias *exoleviſſe*, Populumque Romanum per annos *prope viginti* incerto magis jure & conſuetudine uſum, quam perlata lege, quouſque tandem fuere Graecorum Leges Romam inlatae. Sed utro referenda Tribunicia illa Lex eſt? Omnino ad Reges exactos, eaque eſt, quam ad Populum tulit Junius Brutus Tribunus Celerum de imperio Regi abrogando. Liv. *I*, 23. Latius haec in *Diſſert. De praetermiſ. ad d. L. 2.* Si eam referas ad Regum Leges, duo graviter obſtant, Latinitas, & Hiſtoria. Leges contraria Lege abrogantur, non exoleſcunt: ac pleraſque Regum jam exactorum Leges diu ſtetiſſe apud Romanos, & Servii Leges de contractibus, quas uno omnes Edicto Tarquinius aboleverat, a Romanis reſtitutae apud Halicarnaſſeum *V. p.* 278.: & Papirii Liber, qui Regiis Legibus Regum odio, ut putant, abrogatis non ſolum inutilis, ſed & ſuo Auctori periculoſus fuiſſet: & ipſa demum XII. Tabularum cum Regiis Legibus collatio probant plus ſatis. Sed temperare mihi non poſſum, quin & illud adjiciam, quod nunc calamum ſubit, quanta quanta Romae fuit Regii nominis invidia, (fuit certe maxima) ſatis id quidem cauſſae fuiſſe, cur R. Populus Celeres, Tribunatum, & reliqua neceſſaria Regni conſectaria, moltoque magis Edicta Tarquinii tolleret, non alias item Leges, quas idem Populus juſſerat, ac ſolum rogaverant Reges. Probant haec eadem, ne *axoleviſſe* quidem Leges Regum: nec video, qua ratione poſſis Pomponium tueri, niſi culpam conferas in librarios, qui in *d.* L. 2. peccarunt tam multa, ut data inde nonnullis cauſſa ſit ambigendi de ejus L. auctore. Illud plane verum, ejectis Regibus ſi quid contingeret Lege aliqua Regia, inſtitutove majorum non comprehenſum, (contigebat id ſaepiſſime) diu Romae certum ſcriptumque jus defuiſſe.

Et

Digitized by Google

Et vero memoriam ejus temporis repetenti praeter Tribuniciam, de qua modo, Tarpejam, de qua Halicarnaſſeus *X. p.* 674., & pauca quaedam Plebiſcita, vix aliae occurrunt Leges perlatae. Nonnulla perducebantur in morem: plerumque autem Edictis arbitriiſque Conſulum jus litigatoribus dictum, quod licet tanquam tralatitium ad ſucceſſores tranſiret, uti Halicarnaſſeus docet *X. p.* 627., tamen, quod non veniebat ex jure ſcripto, mutari facile poterat: & nova porro negotia novis erant Edictis, arbitriiſque explicanda. Quod ad tempus incerti ejus juris, Pomponio non convenit cum Livio, aliiſque Scriptoribus rei Romanae, qui non *prope XX.*, ſed *prope LX.* annos numerant a proſcriptis Regibus ad propoſitas Romae Leges Graecorum. Opinionum de hac re commenta referre longum eſt, & utilitatis vix quidquam habet. Haud videtur tamen praetereunda noviſſima Bynkershoekii conjectura, quod ea nunc probetur in vulgus, fortaſſe ſcriptum in antiquis Codicibus *Vigint.*, h. e, *ſexaginta* librarium autem prima ſyllaba, quae numeri ſenarii nota erat, pro duobus elementis accepta ſcripſiſſe *viginti*. Sed quid opus dictionem confingere ex numericis notis, & literis conſtantem: quae in antiquis MSS. inſolentiſſima res eſt? Contra quis non facile credat, ſcriptum initio *LX.*, tum L. longa aetate extritum ac fugiens a librario reſictum in X.? Magnum conjectioni huic robur accedit ex veteribus quibuſdam MSS., quos habere *LX.*, Charondas, ac Julius Pacius tradidere. Per id tempus Conſules ac Patres, qui tum omnes Patricii, Ariſtocratiam ſtudiis omnibus tuebantur, teſte vel ipſo Appio Claudio apud Halicarnaſſeum *VI. p.* 386., & 387.; ſed obſtabant tamen plebei. Hinc maximae turbae, & plebis ſeceſſio in montem ſacrum: hinc Tribuni, plebiſque ſcita, atque hinc Tribunorum rogatio de Legibus per Decemviros ſcribendis, quae poſito Conſulum, Patrumque arbitriis modo omnes aequarent. Halicarnaſſ. *X. p.* 629. Reſtitere diu magnis animis Tribuniciae rogationi Patricii Viri reponentes, nec jus eſſe Tribunis ferendarum Legum quae *pacta* ſunt *Civitatis univerſae*, (Halicarnas. *X. p.*629. & 630.) nec Leges eſſe, quarum Patres non fierent auctores. Halicarnaſ. *d. p.* 629., Liv. *III*, 13. Tandem inter plebejos, ac Patres de Legibus convenit, factumque an. V. CCC. Senatuſconſultum, ſuaſore Tito Romilio Viro Conſulari, quod Sicinio Tribuno Pl. rogante confirmatum eſt, ut peregrinae Leges Romam inferrentur. Halicarnas. *X. p.* 679., Liv. *d. c.* 13. Sed diſcrepabat tamen adhuc de latore; nam Tribuni & ex plebe, & ex Patribus creari poſtulabant, qui ſcriberent, ferrentque Leges: contra Patres daturum Leges neminem, niſi ex Patribus, ajebant. Interim eodem anno (a) *miſſi legati Athenas*, inquit Livius ibid., *Sp. Poſtumius Albus A. Manlius S. Sulpitius Camerinus juſſique inclytas Leges Solonis deſcribere, & aliarum Graeciae Civitatum inſtituta, mores, juraque noſcere*. Anno CCCII. legati cum Legi-

(a) *Profectionis, & reditus Legatorum ac Legislationis iſtius univerſae certa tempora ſignare, difficile eſt. Diſſident Chronologi inter ſe. Mihi tantum ab re mea otii non eſt, ut me in iſtas tricas conjiciam.*

Digitized by Google

gibus Romam rediere (*a*), recruduitque controverſia de latore, quae fuerat ad id tempus rejecta; ſed Patres vicere. Liv. *c.* 14. Igitur Triumviris illis Septemviri additi (*b*) Ap. Claudius, T. Genutius, P. Sextius, Sp. Veturius, C. Julius, P. Curiatius, T. Romilius, qui & jus decimo, ſinguli die Romanis reddiderunt, omni alio Magiſtratu per id tempus ceſſante, & adſcititias Leges alias ad ingenia Romanorum rationeſque Reip. accommodatas, itemque multa majorum inſtituta in X. Tabulas retulerunt. Halicarnas. II. *p.* 97., & *X. p.* 681. Utilem Decemviris operam praebuit Hermodorus quidam Epheſius Graeci juris callentiſſimus, qui ab ſolo patrio extorris Romae tum erat: quodque fortaſſe is alia interpretatus eſt, ſcripſit alia, alia ſuaſit, haud inepte & *interpres* Plinio *Hiſt. XXXIV*, 5., & *ſcriptor Legum* Straboni *lib.* 13., & *Legum ferendarum auctor* Pomponio dicitur *d.* L. 2. §. 4. Preſcriptae in X. Tabulis ſive roboreis, ſive eboreis (*c*) Leges Populo propoſitae, tum centuriatis Populi Comitiis, Plebiſque ſcito comprobatae ſunt anno CCCIII.: poſtremo ad perpetuitatem in aereas columnas inciſae. Halicarnas. *X. p.* 681., Liv. *d. c.* 14., Plin. *Hiſt. XXXIV.* 9. Mox rumor afflare, duas deeſſe Tabulas, quarum acceſſione poſſet corpus omnis Romani juris abſolvi: & eae tandem adjectae anno CCCIIII. Halicarnas. *X. p.* 683., & 684. Leges Solonis, ſeu Atticas XII. Tabulis inſertas, docent Livius *d. c.* 14., & Halicarnaſſeus *X. p.* 676., & 678. Sed eſt hic, ut ſaepe alibi, Livio diligentior Halicarnaſſeus. Juſſos Legatos ait Livius Atticas leges deſcribere & *aliarum Graeciae Civitatum*: rediiſſe vero *cum Atticis Legibus*. At qui potuere Treſviri illi tantum tribuere ſibi, ut juſſi non Atticas modo, ſed & aliarum Graeciae Civitatum Leges cognoſcere, aut ierint ſolum Athenas, aut ſelegerint ſolum Atticas? Certe Livius plus ſenſit, quam ſcripſit, ac fortaſſe tantum atticas meminit, quod peregrinae Leges maximam partem Atticae eſſent. Sed perſcripſit omnia Halicarnaſſeus. Is factum inquit SC. de mittendis legatis *partim ad Graecas Urbes*, *quae in Italia erant* (Has Urbes Ovidius *Faſt. IV*, 64. *Graeciam majorem*, vulgo *magnam Graeciam* appellant) *partim Athenas*: tum eos Romam importaſſe Leges *Athenis*, *atque a Graecis Italiae Urbibus*. Eſt igitur ex Halicarnaſſeo ſupplendum, quod Livio deeſt: & Graecae Civitates aliae ab Athenis non ſunt extra Italiam quaerendae. Ex Halicarnaſſeo etiam intelligis, in quem modum accipias, quod generaliter Tacitus effert *Annal. III*, 27., XII. Tabulas Romae compoſitas *accitis*, *quae uſquam egregia*. Sunt qui Treſ-

(a) *Acutiſſimus vir Joh. Baptiſta Vicus Praeceptor olim meus primum in Lib. De conſtantia Philologiae c.*35., *tum in Principiis novae Scientiae conquiſitiſſimis argumentis Hiſtoriam hanc totam de Graecis Legibus Romam accitis ablegat ad fabulas. Eſt cur mireris peracre, ac pene Divinum ingenium hominis: ſed vix eſt tamen, ut in re, quae tota eſt facti, opinionem animo imbibas, quae falſam ponat memoriam omnem antiquitatis.*

(b) *V. noſtr.* Differt. De Praetermiſſ.

(c) *V. Everardi Ottonis Praefat. in Theſaur. III. p.* 4.

Digitized by Google

Treſviros illos Lacedaemoniorum quoque Leges putant accepiſſe productis in eam rem feſtibus Plinio *Epiſt. VIII*, 24., Athenaeo *Deipnoſoph. VI*, 21., Ammiano Marcellino *XVI*., 5., & Symmacho *Epiſt. III*, 2. Sed quum diverſa, ac plerumque contraria Atticarum, & Spartanarum Legum ratio, tum Halicarnaſſeus ac Livius quo antiquiores, eo locupletiores teſtes graviſſime obſtant. Omnium latiſſime controverſiam hanc pertractarunt Schubartus *Exerc. II*, 22., & Ev. Otto *d. Praeſ. p.* 7., quorum hic noſtram, ille adverſam ſententiam tuetur. Atque hae ſunt XII. illae Tabulae, quae *bibliothecas omnium Philoſophorum & auctoritatis pondere, & utilitatis ubertate ſuperare* (*a*) viſae ſunt Craſſo apud Tullium *De Orat. I*, 44.: hae, quas *omnis publici privatique juris fontem* Livius *d. c.* 14., Tacitus vero *Annal. III*, 27. *finem aequi juris* appellat (*b*): hae demum ille, quas ediſcebant Romani a pueris, *ut carmen neceſſarium*. Cic. *De Leg. II*, 23. Atque hic vide, ne tibi adſcriptus Tullii locus fraudi ſit, (& fuit jam multis) eoque labaris, ut credas, fuiſſe verba Legum XII. Tab. poeticis numeris adſtricta. In Fragmentis, quae extant, earum Legum verſus omnino nullus, *Carmen* autem ſaepe Latinis eſt formula conceptis verbis compoſita. Ne te multis, contritiſque exemplis fatigem, adſeram ex Gellio unum. Is *Noct. XI*, 2. verba quaedam deſcripſit ex M. Catonis Libro, qui inſcribebatur *Carmen de moribus*: & nullos ea poeticos numeros habent. Proſtant exempla alia in *d.* Ottonis *Praeſ. p.* 5., quibus duo ex Livio adde I, 9. ſub finem. Poſt direptam, incenſamque a Gallis Urbem XII. Tabulas juſſu Tribunorum Conſulari poteſtate conquiſitas, Livius refert *VI*, 1. Eas III. Eccleſiae Saeculo adhuc publice poſitas, Cyprianus ſcribit *Epiſt. II*, 2., & IV. Saeculo extitiſſe, argumento ſunt Gaji Juriſconſulti Libri VI. Δωδεκαδέλτω, ſeu *XII. Tabularum*, unde fragmenta bene multa in Pandectas retulit Tribonianus. Tandem facto a Barbaris in Italiam impetu interciderunt. Sed reliqua ſunt tamen in antiquis monumentis non pauca earum Capita ſummo labore a pleriſque eorum collecta, qu-s Leges Regias modo diximus collegiſſe: eiſque adde Rivallium, Oldendorpium, Raevardum, Cael. Calcagninum, Jo: Criſpinum, Theod. Marcilium, Fr. Pithoeum, Dionyſ. Gothofredum, Charondam, Baſinſtochium, Turnebum, Pacium, Ricard. Vitum, ac praeter alios doctum Jac. Gothofredum, quem tranſcripſit Vinc. Gravina. At ſunt eorum Capitum quaedam falſo Decemviris affictа: qua de re ſcite Ev. Otto *d. Praeſ. p.* 20. Moneo id unum, ne quas Leges proponit Cicero *Lib. I.* & *II. De LL.*, deſcripſiſſe eum ex XII. Tabulis putes cum Budaeo in *d.* L. 2. §. 26., & Alexandro ab Alex. *Dier. genial. IV*, 4. Eas Leges a ſe

(a) *Phavorinum Philoſophum haud aequum XII. Tabularum judicem Caecilius Juriſconſultus refellit apud Gellium Noct. XX*, 1. *V. Schubart. Exerc. II.* 43.

(b) *Livii ac Taciti loca in ſpeciem diſſidentia belle componunt Ulricus Huber Obſ. jur. I*, 1., *Schubartus Exerc. II*, 32., *Vicus De uno jur. princ. c.* 176.

Digitized by Google

ſe confictas, ipſe Tullius profitetur *II*, 10., & *III*, 16. Sunt autem in eis multae e XII. Tabulis petitae. A. Auguſtin. *Emend. III*, 9. Otto, *d. p.* 20., & 21.

Quod vero eſſent Leges Decemvirales *eleganti*, *atque abſoluta brevitate verborum ſcriptae*, uti Caecilius Juriſconſultus apud Gellium loquitur *XX*, 1., eas interpretatio Prudentum, ac fori diſputatio ſequuta neceſſario eſt, *d.* L. 2. §. 5. Patricii, qui jam inde a Romulo jus clientibus explicaverant, perlatis Legibus XII. Tab. pergebant porro eamdem navare operam, ac ſive forum obambulantes, ſive domi conſidentes de jure ſuo conſulentibus reſpondebant. Cic. *Topic.* 17., & *De* LL. *I*, 3., ac *De Orat. I*, 45., Horat. *Serm. I*, 1. *v.* 9. 10., & *Epiſt. II*, 1. *V.* 103. Nec litigatoribus ſolum, ſed & ipſis Judicibus voce, ſcriptove reſpondebant de jure. Gell. *XII*, 13., Pompon. *d. L.* 2. §. 47. Si qua vero difficilior obſcuriorque incideret quaeſtio, Prudentes convenire in forum mos fuit, quid juris eſſet, quaeſituros. Id omnino eſt *fori diſputatio* in *d.* §. 5.: ſicque explicandum illud Pauli in *L. quum quidam* 19. *de lib. & poſt.*, Scaevolam *in diſputando* reſponſi ſui rationem adjeciſſe. Quandoque juxta Apollinis Templum ſediſſe eos, ac *tractaſſe*, ſcribit vetus Scholiaſtes Juvenalis in *Sat. I*, *v.* 128.: quam is cauſſam adfert, cur Apollinem Poeta dicat *juriſperitum*. Diſputationis proprium verbum *tractare*. V. L. *Divi* 17. *de jur. patron.* Quod poſt multam diſputationem omnibus, aut pleriſque videbatur, *Juris regulam*, *Fori ſententiam*, ac *definitionem* appellabant. Num ſonant idem *Jureconſultorum decreta* apud Tullium *pro Muren.* c. 13.? Ita conjicio, maxime quum ea ſeparet Cicero a Jureconſultorum *reſponſis* ibi, *reſponſa*, *atque decreta*. Reſponſa a ſingulis, Decreta prodibant e conventu: quod miror nemini adhuc ſuboluiſſe. Jam haec ſive reſponſa, ſive decreta nullam temporibus Reip. liberae vim juris habebant, ac ſaepe ab Oratoribus dicundo evertebantur. Cic. *pro Mur. d. c.* 13., & *pro Caecin. c.* 24. Quod ſi vero moribus utentium probarentur, jus conſtituebant *ſine ſcripto veniens*, & *receptae*, ſeu *regulae*, ſeu *ſententiae*, vel *jus conſenſu receptum*, vel communi nomine *Jus Civile* dicebantur. Pomp. *d.* §. 5., Tribon. *pr. tit. Inſt. de adquiſ. per adrog. Lib.III.*, Raevard. *De auctorit. Prudent. c.* 14., & L. 1. *de reg. jur.* Hoc ſenſu Pomponius §. 13. antiquos Juriſconſultos vocat *Auctores* puta, juris, *Poſt hoc deinde de Auctorum ſucceſſione dicemus*: quo Pomponii loco pulchre adſtruitur conjectura Cujacii *Obſ. XVII*, 25. Caput Pandectarum, *De origine juris*, *& omnium Magiſtratuum*, *& ſucceſſione eorum*, ſic reſtituentis, *& ſucceſſione Auctorum*. A Prudentibus autem reſpondendo, ac diſputando id actum, ut verba Legis ad non expreſſas ſpecies ex ipſius Legis ſententia producerentur: qua re Ius Romanum mire locupletatum. Exemplorum abunde erit in Libris Inſtitutionum. Conventus iſtos Juriſconſultorum non fuiſſe ſtatim ab aetate Decemvirorum inſtitutos, opinio eſt Schubarti *Exerc. II*, 57.: cui nunc ſatis habeo unum opponere Pomponium, qui *d.* §. 5. inquit, *Legibus* XII. Tab. *latis coepiſſe fori diſputationem*: additque §. 6., *eodem poene tempore*, quo Leges ipſae, *natum Civile Jus* ex interpretatione Prudentum.

Iiſdem

Iiſdem Jureconſultis ferendae ſunt acceptae *Actiones Legis*; h. e., *certe* ac *ſolennes* formulae, *quibus inter ſe homines diſceptarent*, *d.* §. *6.* Has *ex Legibus compoſitas* ait Pomponius, i. e., ex ſententia Legum. Anne huc ſpectant *Actus legitimi*, quorum certae etiam ſolenneſque erant formulae? Ita vero. Formulariam Juriſprudentiam totam eſſe a Prudentibus confictam, ne ambigas. Actiones Legis latius accipe, quam ſonant Pomponii verba. Diſceptatione opus non erat, nam ſine ulla diſceptatione dabatur a Magiſtratu tutor, ac ſervus vindicta manumittebatur, & uterque ritus actio Legis erat. Quidquid igitur certis formulis, ac certo ſolennique ritu apud Magiſtratum expediebatur, id demum erat actio Legis. Praeſentem adeſſe Magiſtratum oportebat. Si quid erat item certis formulis, ac certo ſolennique ritu explicandum, non item apud Magiſtratum, ut olim mancipatio (Ulp. *Fragm. XIX*, 3,) id *actus legitimus* proprie dicebatur. E legitimis actibus, quos Papinianus recenſet in *L.* 77. *de R. J.*, ſola tutoris datio Magiſtratus praeſentiam deſiderabat; ſed hoc ipſo eam & actum legitimum & actionem Legis eſſe, dicendum eſt. In ſumma ſic habe. Nulla erat Legis actio, quae legitimus actus non eſſet: at non omnis actus legitimus erat actio Legis. De his multo explicatius in noſtr. *Obſ. jur. II.* 8.

Formulas iſtas *apud Collegium Pontificum* diu fuiſſe, Pomponius inquit *d.* §. *6.*: quem locum vel hoc uno, ut deſint alia, quae certe non deſunt eſſe corruptum, patet; quid enim magis abnorme, quam omnes Pontificibus tranſcribere actiones? Adſervabant ii quidem actiones de jure ſacro, non item alias. In rem Tullius ajebat *De LL. II*, 19., Pontificum neminem eſſe bonum, niſi qui jus Civile cognoſcit, non tamen totum, nam nihil ad eum *de jure parietum, aut aquarum*, *aut ullo ſimilium*, ſed id tantum, *quod cum Religione conjunctum eſt*. Quae de jure non ſacro erant, eas alii dabant Magiſtratus pro ſuo ſinguli jure; qua de re Schubartus *Exerc. II*, 64. Dies tantum ſive faſti, ſive nefaſti, ſive interciſi a ſolis Pontificibus petebantur. quod neqve omnibus, nec totis diebus poterat Lege agi: (Cic. *pro Muren. c.* 11.) quae res ad alias quoque juriſdictiones pertinebat. Hinc quod habet mox Tullius, *Pontifices omnibus in rebus interfuiſſe*, miror a Schubarto ſic acceptum *n.* 60., quaſi ſcriptum, *omnibus in rebus jure ſacro comprehenſis*. Loquitur is ibi non de actionibus, ſed de *dierum ratione*, quae in omnibus omnino rebus petenda a Pontificibus erat. Retinebantur haec omnia *in latenti*, uti Pomponius loquitur §. 35., quodque ita ſine opera Patriciorum, qui ſoli, tum, ut antea, Juriſconſulti, nihil legitimum poterat expediri, erant ii in magna potentia, qua ſaepe aut per gratiam, aut per ſordes abutebantur. *Cic. d. c.* 11., Ammian. Marcellin. *XXV.*, 1. Primus Patriciorum myſteria profanis prodidit Cn. Flavius an. V. CCCCXLIX. Actiones *ad formam redegerat*, h. e., certo ordine digeſſerat (*a*) Appius Claudius, non Decemvir, uti perperam Pancirolus *Var. lect. II*, 2., ſed Caecus, uti ex Pli-

(a) *V. Bynkersh. in d. L.* 2. §. 7.

Plinio liquet *Hiſt. XXXIII*, 1. Flavius Appii ſcriba ſubripuit, edid itque in vulgus eum librum inde dictum *Jus Civile Flavianum*: eoque facto tantum ſibi apud Populum quaeſivit gratiae, ut & Tribunus Pl., & Senator, & Ædilis Curulis fuerit creatus. Ita rem Pomponius enarrat §. 7. At enim *Faſtos* tantum a Flavio evulgatos, tradit Cicero *d. c.* 11. Eſt vero ita, ſed ipſe Cicero *ad Att. VI*, 1. *non paucos eſſe auctores* ſcribit, *Cn. Flavium ſcribam faſtos protuliſſe, actioneſque compoſuiſſe*. Quod de Flavio Senatore Pomponius inquit, nemo alius Romanae rei Scriptor affirmat: quod autem id praeciſe negat nemo, cur id cum Coraſio praeciſe neges? De ejus Ædilitate v. noſtr. *Diſſert. De praetermiſ. ad d. L.* 2. Flavianum facinus graviter & acerbe ferentes Patricii novas commenti ſunt formulas, novoſque Faſtos: eaque, ne iterum prodirent, per notas ſcripſere. Notae hic ſunt non ſingulares literae, vulgo *ſiglae*, ſed certa verborum ſigna pro arbitrio conficta. V. Graevium in *Cic. pro Muren. c.* 11. At circa annum V. DLII. nova illa myſteria enunciavit Sextus Ælius Catus, cujus Liber *Jus Ælianum* eſt appellatus. Cic. ibid., Pompon. *d.* §. 7. Alium fuiſſe ab Ælii *Tripartitis*, de quibus Pomponius d. *L.* 2. §. 38., probavi in *d. Diſſert. De praetermiſ.*

Porro pro variis Reip. temporibus variae ſingulares Leges perlatae ſunt. Legem dico *quod Populus R. Senatorio Magiſtratu interrogante, veluti Conſule, conſtituebat*, §. 4. *Inſt. de jur. nat. Lib. I.* Antequam Lex ad Populum ferretur, eam domi ſcribebat Senatorius Magiſtratus adhibitis in conſilium prudentibus Viris, ne quid ſibi commodum, reive publicae noxium, aut ne Legem ſcriberet per ſaturam: quod poſtremum Caecilia, ac Didia Lex vetuit, ne Populo neceſſe eſſet in conjunctis rebus compluribus aut id, quod nollet, accipere: aut id, quod vellet, repudiare. Cic. *pro dom. c.* 20.: tum ſcriptam communicabat cum Senatu, quo demum auctore poterat cum Populo agi. Halicarnaſ. *X. p.* 629. Igitur auctore Senatu publice proponebatur Lex per trinundinum, ſeu *trinum nundinum*, uti eſt in Ciceronis *Orat. pro dom. c.* 16.: quod eadem L. Caecilia & Didia ſancitum eſt. Cic. *d. c.* 16.. Ita ruſticis nono quoque die, qui dies erat nundinarum, commeantibus in Urbem neceſſaria ſibi ad victum comparaturis, Legum, ſi quae publice proſtabant, legendarum, expendendarumque facultas erat. Subinde quis dies Comitiis futurus eſſet, edicebatur. *Gell. XIII*, 14. Ubi is dies venerat, primum Praeco Legem, ſubjiciente ſcriba, recitabat, ejuſque ſuadendae, diſſuadendaeve jus erat ſive Magiſtratui, vel ei, qui erat rogaturus, ſi ex Senatus, non ex animi ſui ſententia ſcripta Lex erat, ſive privato, dum tamen huic ille concionis habendae poteſtatem feciſſet: quarum rerum omnium bene multa in Romana Hiſtoria extant exempla: deinde, ſi nihil eſſet, quod Comitiales eximeret dies, rogatio fiebat in eam formulam, *Velitis jubeatis, Quirites. Hoc ita, uti dixi, vos, Quirites, rogo. Si vobis videtur, diſcedite, Quirites:* & in ſuam ſinguli Centuriam diſcedebant. Denique ſuffragia ferebantur. Et principio haec voce, tum, quo eſſent liberiora, ſcripto lata: quod fruſtra obtinentibus Patriciis Tabellariae Leges Gabinia, Caſſia, Papiria, Cœlia tandem ſanxere. *Diribitores*, ſeu diſtributores adſtantibus,

ut fraus abeſſet, *Cuſtodibus* duas ſingulis tabellas dabant, quorum uni inſcriptum *V. R.*, h. e., *Uti rogas*, alteri *A.*, h. e., *Antiquo*, non, uti exponunt alii, *Antiqua probo*, ita enim figlis duabus fuiſſet opus. Facit locus Tullii *De LL. III*, 17., *Legem antiquaſtis ſine tabella*. Alterutram ſinguli tabellam conjiciebant in *ciſtas*, que num idem fuerint cum *ſitellis*, non liquet. V. Pitiſc. v. *Sitella*. Demum *ſuffragia dirimebant*, ſeu tabellas numerabant Coſtodes numero punctis notato, unde *omne punctum ferre* apud Horatium in *Art. v.* 343. eſt ſuffragiis omnium probari: ac ſi plures eſſent tabellae literis *V. R.* inſcriptae, Lex *ſcita & perlata*, ſi plures *A.* litera, *antiquata* Lex dicebatur. Rogandae Legis jus erat penes Senatorium Magiſtratum, veluti, Praetorem, Conſulem, Dictatorem, ac reliquos Magiſtratus majores extraordinarios, puta, Decemviros, ac Tribunos militum Coſ. poteſtate. An & penes Cenſorem? Ait Heineccius *Antiq. I*, 2. 1. Verum is tota re errat V. noſtr. *Obſ. jur. I*, 1. Sumebat Lex nomen ut plurimum a ſolo rogatore, quumque a Conſule rogabatur, vel ab utroque, ut *Ælia Sentia*, vel ab uno, cui tum faſces erant, ut *Horatia*: interdum & alterum a re ipſa nomen, ut *Cornelia ſumtuaria*, *Caſſia tabellaria*. Legibus acceſſere Plebiſcita. Plebiſcitum dico, *quod Plebs plebejo Magiſtratu interrogante, veluti Tribuno, conſtituebat*, *d.* §. 4. Eo Plebs a Populo, quo ſpecies diſtat a genere. In Populo omnis pars civitatis, omneſque ejus ordines continentur: unde Leges Corn. Nepoti *Populiſcita* dictae *Alcib.* 5.; Plebs vero ea pars Civitatis eſt, in qua gentes civium patritiae, ac Senatores non inſunt. Attejus Capito apud Gellium *X*, 20., Tribonianus *d.* §. 4. Quandoque Populus ſola Plebs eſt. Hinc *Populares* plebei, & *Popularia* in Theatris loca plebis (a). Quo ritu ad Populum, prope eodem ferebatur ad Plebem, niſi quod I. Populum Senatorius Magiſtratus, Plebem rogabat Plebejus, puta unus e Tribunis, quem aut ſors elegeras, aut Collegarum conſenſus: II. ad Populum nonniſi auctore Senatu, ad Plebem ferebatur ſine Patrum auctoritate: III. Plebs *tributim*, h. e., Tributis tantum Comitiis ſciſcebat, Populus etiam Centuriatis: IV. Populus in Campum Martium, aut Comitium, Plebs in Capitolium quoque, Circumve Flaminium conveniebat. Notiora ſunt haec quam ut ſit teſtato agendum. Multo plura dabunt A. Auguſtinus, & Manutius *de Leg.*, Merula, & Gruchius *de Comit.*, Briſſonius *de Form.* Principio Plebiſcitis ſola Plebs tenebatur: tum circa annum *CCCVI. L.* Valerius & M. Horatius Coſſ. Legem tulere, ut quod tributim Plebs juſſiſſet, Populum teneret. Lex haec *Horatia* dicta eſt Liv. *III*, 26. Idem repetitum Lege *Publilia* a Publilio Dictatore lata circa annum *CCCCXVI.* Liv. *VIII*, 10.: ac tranſacta demum res eſt Lege *Hortenſia*, quam Q. Hortenſius Dictator tulit anno circiter *CCCCLVI.*, quum Plebs jam tertio in Janiculum ſeceſſiſſet. Gell. *XV*, 27., Trib. *d.* §. 4. Cujacius *Not. pr. in d.* §. 4. Horatiam a Tribuno Pl. Horatio latam putat in ſecunda Plebis ſeceſſione in Aventium: ac porro eam ab Hortenſio confirmatam. Sed nihil

(a) *V. Lipſium in Plinii Panagyr. n.* 215.

Digitized by Google

nihil dici magis inſcitum poteſt. V. A. Contium *Lect. II*, 8. Exin coeperunt Plebiſcita & *Leges Tribuniciae*, & communi vocabulo *Leges* dici. Cic. *de L. Agrar. II*, 8., Gell. X. 20. Leges collegerunt Viri antiquitatis ſcientiſſimi A. Auguſtinus, P. Manutius, P. Merula, Fr. Hotomanus, aliique. Porro in quaſdam ex eis integros Libros perſcripſere quum antiqui Juriſconſulti, quorum indicem dant Florentini Pandectae, atque in materias digeſtum Joh. Fichardus; tum etiam novi. Aquiliam *De damno injuria dato* illuſtrant Fr. Balduinus, & Ger. Noodt: Atiniam *De interdicta rerum furtivarum uſucapione* Andr. Pulvaeus: Caniniam *De numero ſervorum teſtamento manumittendorum* Ephr. Gerardus: Ciuciam *De donis*, *& muneribus* Frid. Brummerus: Juliam *Majeſtatis* A. Contius, & Nic. Hier. Gundlingius: Juliam *De adulteriis* Guil. Hoffmannus: Juliam *De maritandis ordinibus*, *&* Papiam Poppeam *nuptialem*, *& caducariam* Jac. Gothofredus, atque Heineccius: Petroniam, de qua aliquid in §. 1. *de his, qui ſui vel alien. Lib. I.*, Herm. Noordkerkius: Remmiam *De calumniatoribus* Henr. Brencmannus: Scantiniam *De nefanda venere* Jo. Frid. Chriſtius: Scriboniam *De ſervitutibus non uſucapiendis* Jac. Raevardus: Voconiam *De mulierum hereditatibus*, *& de legatis* Balduinus, & Jac. Perizonius.

Denique temporibus Reip. liberae Magiſtratus pro ſua quiſque juriſdictione edicebant, ſive Urbani, ut Dictatores, Conſules, Praetores, Cenſores, Ædiles Curules, Tribuni Pl., ſive Provinciales, ut Conſules, Praetores, Proconſules, Propraetores: de quorum omnium Edictis id praemoneo, licet ea coleret Populus tamquam Leges, maxime Edicta Dictatorum, quae *pro Numine ſemper obſervata* Livius inquit *VIII*, 28., tamen iis nunquam jus factum; nam jus facere unius Populi erat. Igitur ſolo illiterato Populi conſenſu, uſuque ſtabant, ut Prudentum reſponſa. Praemoneo & illud, eorum alia temporaria, ac repentina fuiſſe, quae, *prout res incideret*, alia, quae *juriſdictionis perpetuae cauſſa* proponebantur, *L. ſi quis 7. de juriſd.*, atque horum *tralatitia* alia, quae Magiſtratus de ſuorum deceſſorum Edictis transferebant in ſua, alia *nova*, quae primum ipſi excogitabant. Cic. *De Inv. II* 22., & *ad fam. III*, 8.: quorum ſi qua maxime ab aequitate commendarentur in vulgus, nomen retinebant auctoris, ut *Edictum Carbonianum*, de quo in Pandectis *XXXVII*, 10. Nunc de Edictis Praetorum, atque Ædilium, de quibus Tribonianus §. 7. *Inſt. eod.*, & ex quibus tam multa in Juſtinianeum Jus confluxerunt. Jus in Urbe a Conſulibus dictum ad annum *CCCLXXXIX.*, exinde dici a Praetore coeptum; quum enim eviciſſet Plebs eo anno, ut alter Conſulum de plebe eſſet, Patricii vero id indigniſſime factum clamarent, in conditiones eſt ventum, ut plebi concederetur ab nobilitate de Conſule plebejo, nobilitati a plebe de Praetore, qui jus in Urbe diceret, ex Patribus creando. Liv. *VI*, 27. Sed anno tandem *CCCCXVI.* Plebs ad Praeturam adrepſit. Liv. *VIII*, 13. Circa annum DX. in magna peregrinorum frequentia duo primum creati *Praetores*, *Urbanus* unus, qui inter Cives alter *Peregrinus*, qui inter cives ac peregrinos jus diceret. Flor. *Epit. Liv. c.* 19. Praetores Edicta propoſuiſſe in *Albo*, protritum eſt: quid vero *Album* fue-

Digitized by Google

ſuerit, controverſum. Tabulam dealbatam fuiſſe, novo ac peremtorio argumento confirmavi *Obſ. jur. I*, 18. Num ſuum peregrinus Praetor Edictum proponeret, an Edicto uteretur Praetoris Urbani, quaeſitum video. Poſterius viſum Hotomano *De Magiſtr. Pop. Rom. p.* 366.: prius Reinaldo *Varior. c.* 37. Eſt & nova opinio Schubarti *Exerc. II*, 84., & Gudlingii in Πρ˟τ. *Pand. tit. de O. J.* §. 31., peregrinum neque ex Edicto Praetoris urbani, neque ex propriis Romanorum Legibus, ſed ex jure gentium dixiſſe jus peregrinis. Verum Schubartus, & Gundlingius idoneum auctorem, qui id ſcribat, habent plane nullum: & contra Hotomanum faciunt teſtimonia Boethii *in Topic.*, Theophili in *d.* §. 7. & *L.* quum primis Tullii *ad fam. XIII*, 59. *Servabis*, (ſcribit is Curtio Peduceano Praetori) *ut tua fides & dignitas poſtulat, Edictum, & inſtitutum TUUM*: erat autem Curtius ille peregrinus Praetor, quum eo anno urbanam Praeturam gereret C. Titius Ruffus, uti Gronovius in eum locum. Quod argumentum Reinoldus petit ex Labeonis Juriſconſulti *Libris Praetoris peregrini*, quorum mentio in *L. ſi quis* 9. §. 4. *de dol. mal.*, leviſſimum eſt. Labeo iis Libris officium expoſuit, non Edictum Praetoris peregrini: eodemque ſpectant ejus *Libri Praetoris Urbani* in L. *Labeo* 19. *de V.* S. Edictum vero interpretatus eſt in *Libris ad Edictum*, de quibus Gellius *XIII*, 10., & Ulpianus *L.* 1. §. 5. *de fugitiv.* V. Bertrandum in *Labeone p. m.* 46. Univerſam Praetoris juriſdictionem tria verba comprehendebant *Do*, *Dico*, *Addico*. Ovid. *Faſt. I*, 47. Dabat actiones, exceptiones, bonorum poſſeſſiones, judices, tutores &c.: dicebat vindicias etc. addicebat in ceſſionibus in jure, mancipationibus, aliiſque: quae omnia variis Inſtitutionum noſtrarum locis multo explicatius traduntur. Quamquam autem Praetor Magiſtratum auſpicaturus juraret in Leges (Cic. *De fin. II*, 22.) nec niſi interpres, & *viva vox* eſſet juris Civilis, *L.* 8. *de juſt*, & *jur.*; vere tamen aut novis vocabulis, aut fictionibus, aut exceptionibus, aut in integrum reſtitutionibus illudebat juri ſcripto. Abſtineo hic exemplis ſexcenta in Inſtitutionibus producturus; ſed ecce tibi illuſtre Papiniani teſtimonium ex *L.* 7. *eod.*, *Jus Praetorium eſt, quod Praetores introduxerunt adjuvandi, vel ſupplendi, vel CORRIGENDI juris Civilis gratia*. Kortius, qui in *Vindiciis Praetoris Romani*, id nec potuiſſe a Praetore fieri, nec factum contendit, in ſole, ut ajunt, caligat. Cur autem id minus gravate ferret Populus R., cauſſa, ni fallor, duplex, altera, quod indirecte, non directe faceret Praetor contra Leges, altera, quod faceret *propter publicam utilitatem*, uti continuo ſubdit Papinianus. Hinc quum quidam mali Praetores propoſita initio Magiſtratus Edicta ſaepe intra annum mutarent, non publicae utilitatis cauſſa, ſed certi alicujus hominis ſeu gratia; ſeu odio, (Dio Caſſ. *Lib.* 36., Paedianus in *Argum. orat. pro C. Cornel.*) indignantibus tantam licentiam Romanis, prodiere Edictum, *quod quiſque novi juris in aliquem ſtatuiſſet, ut ipſe eodem uteretur*. *L.* 1. §. 1. *D. quod quiſque jur.*, & Senatuſconſultum, *uti Praetores ex ſuis perpetuis* (h. e. intra annum perpetuo duraturis) *Edictis jus dicerent*: quod SC. anno V. DLXXXV. L. Æmilio Paulo, & C. Licinio

Craſ-

Digitized by Google

Craſſo Coſſ. factum eſt (l). Tum C. Verris Praetura & Romae, & in Sicilia licentiſſime geſta ejus SC. vim fregit, Cic. *in Verr. I*, 46. Sed varium illud Verrinum jus cauſſam fortaſſe dedit Legi Corneliae, qua C. Cornelius Sulla Trib. Pl. perpetuum Praetoris Edictum reſtituit anno DCLXXXVI. Dio, & Paedian loc. cit. Quod ita aliquando certius eſſe Praetorium jus coepit, pretium operae viſum eſt Ser. Sulpicio, A. Ofilio, Antiſtio Labeoni, aliiſque Juriſconſultis commentarios ſcribere in Edictum, factumque inde, ut juris diſciplina non a XII. Tabulis, ut antea, ſed ab Edicto hauriretur: teſte Attico apud *Cic. De LL. I*, 6. Jus id *honorarium* dici ab *honore Praetoris*, docent Papinianus *d. L.* 7. §. 1., & Pomponius *d. L.* 2. §. 10. *Honor* eſt Magiſtratus, *L.* 7. *C. de Epiſc. & Cler.*, *L. ult. C. de Judaeis*: quo ſenſu in antiquis titulis plebi opponuntur *honore uſi*, Gruter. *p.* 387. *num.* 8., & *p.* 392. *num.* 1., unde *honorarium* jus in univerſum eſt jus Edictis Magiſtratuum conſtitutum: Sed quemadmodum Praetor κατ' ἐξοχὴν dicitur *honoratus* (Ovid. *Faſt. I.* 52.) ita & Praetura *honor*, & jus Praetoris *honorarium* appellatur. *Honorarii* juris *portionem* eſſe Edictum Ædilium Curulium, inquit *d.* 7. Tribonianus: ubi & generaliter, & ſpecialiter accipi jus *honorarium* poteſt. Ejus generaliter accepti vero eſt *portio*, ſeu ſpecies Ædilitium Edictum, quum ſpecies Magiſtratus Ædilitas ſit. Exempla Latinorum, qui *portionem* pro ſpecie uſurparint, non ſunt ad manum. quod vero Tullius *De inv. I*, 22,, & *De orat. I*, 42. pro ſpecie *partem* dixit, id eſſe nunc poteſt ad tuendum Tribonianum ſatis. Ejus ſpecialiter accepti fieri portio coepit ſub Hadriano, cujus juſſu in perpetuum Praetoris Edictum translatum eſt; ut mox. Edicebant Ædiles de ſervorum, jumentorumque venditionibus, ac de animalibus, quae quum nocere poſſent, ad viam publicam habebantur: quae tria latiſſime explicantur in Pandectis *XXI*, 1. De aliis quoque Ædiles caviſſe, tradit Ev. Otto *De tut. viar. III*, 2.

Ex hactenus dictis facile eſt intelligere, Romanos ſeneſcente jam Rep. libera coepiſſe Legum copia laborare. Tullius, qui *pro Muren. c.* 13. ſe triduo futurum Juriſconſultum jactabat, cauſſae ſerviebat ſuae. Contra Suetonius in *Jul. c.* 44. aevo Julii Caeſaris *immenſam* Romae fuiſſe Legum copiam ajebat: neque *immenſam* ſolum, ſed etiam *diffuſam*, quod non eſſent certo ordine digeſtae Leges. Hinc de jure Civili in artem redigendo a nonnullis (*m*) cogitatum, maxime a Julio Caeſare, cujus tamen praeclaros auſus praefeſtinata mors interturbavit. Perfeciſſe Tullium id Opus, teſtatur Gellius *I*, 22. : verum is Liber malo Juriſprudentiae fato aetatem non tulit.

Venio ad tempora Auguſti, quibus Juriſprudentia novam induiſſe faciem

(l) *Eſt hoc SC. in* Diario *Romano*, *quod ex ſchedis Ludovici Vivis exhibuit Pighius Annal. II. p.* 378. *V. quoque* Reines. *Inſcr. IV*, 2., *Spanhem. Orb. Rom. II*, 12. *pag.* 87., *& quum primis* Doduvell. *in Adpend. Praelect. Cambden. p.* 665.

(m) *V. Schubart. Exerc. III*, 6.

ciem videtur. Octavius Caeſar anno V. DCCXXII. Conſul IV., ubi militem donis, populum annona, cunctis dulcedine otii pellexit, munia Senatus, Magiſtratuum, Legum in ſe trahere coepiſſe: a ſexto autem Conſulatu potentiae ſecurus jura dediſſe, Tacito dicitur *Annal. I, 1.*, ac *III, 28.* Et vero is anno DCCXXVII. Conſul VII. In Senatu, quod maxime allectabat Imperium, ſimulate abdicavit, ſed vinci precibus Senatorum facile paſſus oblatum, dum viveret, imperium quaſi invitus ad decennium accepit cum nomine Auguſti: quo tandem pacto *omne Populi, Senatuſque imperium in eum translatum eſt*, verba ſunt Dionis Caſſii *Lib. 53.* His accedant, quae ex Ulpiano in *L. 1. de conſt. Princ.* Tribonianus deſcripſit §. *6. eod.*, *Quod Principi placuit, Legis habet vigorem: quum Lege Regia, quae de ejus imperio lata eſt, Populus ei, & in eum omne imperium ſuum, & poteſtatem conceſſit.* Legis Regiae meminere Ulpianus, ac Tribonianus, non item Dio, aut alius antiquus Auctor. Mirum, quantum turbarum Legis iſtius Regiae cauſſa ſit factum. Omnes de ea opiniones referre, ne dum excutere, longum eſt. V. Cujacium, Hotomanum, Balduinum, Vultejum, Broeum, alioſque interpretes Triboniani in *d.* §. *6.* His adde Schubartum *De fat. Exerc. III, 19. ſeq.*, & Noodtium *Obſ. jur. I, 3.*, itemque *Orationes* tres *De L. Regia* Scipionis Gentilis, Joh. Frid. Gronovii, ejuſdemque Noodtii. Proponam duas hoc tempore celebriores. Legem Regiam eſſe novam aſſentatoris Triboniani fabulam obtruſam nobis ſub nomine Ulpiani, demonſtratum noviſſime eſt a Martino Schoockio *Diatrib. De Lege Regia Triboniani*, & J. Vincentio Gravina *De Rom. Imp. num. 23.* At vero eam ſub Auguſto perlatam, (quae diu receptior in ſcholis Juriſconſultorum ſententia fuit) permultis argumentis eſt traditum ab Ulrico Hubero *Obſ. jur. I, 16.*, & *ſeq.* Mihi adeo ſuſpecta ea Lex eſt, ut ſuſpectius nihil: Certa falſitatis indicia ſunt I. perpetuum de ea ſilentium in nummis, lapidibus, aereis tabulis, &, quod caput eſt, in Libris Hiſtoricorum, Oratorum, Poetarum, qui quum ſaepe Auguſti, caeterorumque Imperatorum potentiam falſis laudibus efferant, laudum argumenta nuſquam ducunt ex ea Lege, unde ducere certiſſima ac firmiſſima potuiſſent: II. Imperium ab Auguſto ad decennium acceptum, eoque exacto primum per ſingula luſtra, tum per decennia repetitum, quouſque vixit, teſte eodem Dione *Lib. 53.*: unde alterutrum conſequitur, aut nullam fuiſſe L. Regiam, aut numero totidem, quot ea luſtra, ac decennia fuerunt: quod poſterius abſurdiſſimum eſt: III. Auguſti ac Tiberii artes ad amovendam Monarchiae ſuſpicionem adhibitae, quibus, perlata ſemel Lege de ſummo unius imperio, nihil fuiſſet opus: IV. Legis Papiae Poppaeae caducariae vacatio Imperatori Caligulae a Senatu data, uti Dio refert *Lib. 59.*: V. Quae Suetonius de eodem Caligula, *ut de monſtro*, narrat *c. 22.*, exclamaſſe eum, ſe unum *dominum*, unum ſe Regem eſſe: *nec abfuiſſe multum, quam ſtatim diadema ſumeret, ſpeciemque Principatus in Regni formam converteret*: VI. Plebis, Populique ſcita non ſolum ſeptimo Auguſti Conſulatu, ſed ipſo etiam Auguſto recentiora, veluti Plebiſcitum *De poenis eorum, qui rivos, fiſtulas, caſtella, lacus aquarum publicarum violarint*, anno V. DCCXLV.

T.

Digitized by Google

T. Quinctio Criſpino, & Germanico Caeſ. Coſſ. factum (n): Leges Ælia

(n) *V. Frontin. De aquaeduct.*, *& Reines. Inſcr. XII*, 10.

Sentia, Papia Poppaea, & Junia Norbana ad Populum latae, prima anno DCCLVII., ſecunda anno DCCLXII., tertia ſub Tiberio anno DCCLXXI.: Tiberii, & Neronis adrogationes Populi juſſu expeditae apud Suet. in *Aug. c.* 65., ac Tacit. *Annal. LII*, 26. & 41.: denique Praetorum Comitia ſub Nerone, Conſulum ſub Vitellio; Veſpaſiano, Domitiano, ac Trajano. Tacit. *Annal. LIV*, 28., Suet. in *Vitel. c.* 11., *Veſpaſ. c. c.* 5., *Domitian. c.* 10., Plin. *Panegyr. c.* 63. & *ſequ.* His omnibus, quae attulere jam alii, duo addam ex Tacito incorruptae libertatis Hiſtorico. Scribit is *Annal. I.*, 15., translatis a Tiberio Comitiis e campo ad Patres *jus Populo ADEMIUM*: & *Annal. I.*, 74., *Manebant*, inquit, *etiam tum* (ſub Tiberio) *veſtigia MORIENTIS libertatis*: quae duo loca ſerio perpenſa mirum quantum abhorreant a L. Regia de imperio unius. Prae iis, quae ſunt hactenus ediſſertata, eſt plane nihili auctoritas Dionis. Et vita quidem ejus in Aula geſta, & Conſulatus ejus non levem injiciunt aſſentationis ſuſpicionem. Sed hac eum ego nunc libero, adſcriptaque ſuperius verba accipio alioſum. Imperium omne Senatus, ac Populi tranſiſſe in Auguſtum, inquit. Id vero fieri aliter non potuit, niſi certa Lege ex auctoritate Senatus ad Populum lata. At non ait Dio, quis de ea re retulerit ad Senatum, quis rogarit Populum, quo loco, quove tempore habita Comitia fuerint: quae omittere Hiſtorici non ſolent, maxime quum Leges de ſumma aliqua re latas enarrant: quin is ne verbo quidem meminit Legem: quod ſilentium ut pacate feras in aliis, certe vero ferre vix poteris in Dione, qui in amplificanda Auguſti potentia tam multus eſt. Faciunt haec, ut in verbis Dionis ὑπερβολὴν quandam adgnoſcam, ſubaudiamque *prope*, *quaſi*, *ut ita dicam*, aliudve ſimile: cujus loquutionis exempla dedere e Rhetoribus Voſſius, & e Juriſconſultis Bynkershoek *Obſ. jur. VII.*, 18, Ego unum dabo ex Suetonio in *Jul. Caeſ. c.* 84., quod mire facit ad rem. *Omnia Divina ſimul & humana* Senatuſconſulto decreta Julio Caeſari ſcribit. Hic niſi ὑπερβολὴν quandam admittas, novam Legem Regiam pro Julio fingas, neceſſe eſt. Quemadmodum igitur *omnia Divina & humana* apud Suetonium ſunt honores, ac poteſtates ſalvo jure Populi Julio decretae, ita *omne Populi ac Senatus imperium* apud Dionem ſunt poteſtates Conſulares, Senatoriae, ac Populares ſalvo item Senatus, & Populi jure uni Auguſto delatae: de quibus idem Dio *Lib.* 51. ac 54., & Gronovius *d. Orat.* Sic eſſe explicandum Dionem, confirmant duo, quorum alterum praeit, alterum ſequitur eum locum. Proxime praerit illud, Octavium Romuli nomen concupiſse, quum vero audiſſet, eſſe, qui ſuſpicarentur, cum Romuli nomine Regnum appeti, eo abſtinuiſſe ſolo Auguſti nomine contentum. Longo intervallo ſequitur illud, vel poſt delatum Auguſto imperium, Legatis gentium, Regumque reddita, ut olim, reſponſa a Senatu, ac Populi, plebiſque Comitia ad creandos Magiſtratus habita de ve-

Digitized by Google

veteri ritu. Quod autem Dio ſubdit, nihil in Senatu, Comitiiſve actum quod non probaverat Auguſtus, eſt id auctoritatis quidem ſummae, non poteſtatis argumentum. Fortaſſe lucis aliquid attuli pulcherrimo Dionis loco, quem dolebam alios diſſimulaſſe, alios in alium ſenſum traxiſſe. Quae poteſtates in Auguſtum, eaedem dein fuere in reliquos Caeſares acervatim collatae, factumque pro ſingulis Senatusconſultum, quod eas complecteretur. Ad Senatusconſulta iſta ſpectavit Tacitus *Hiſt. IV.*, 3., *Romae Senatus cuncta Principibus ſolita Veſpaſiano decernit*: extatque adhuc SC. pro Veſpaſiano factum, ex Tabula aenea Capitolina in *Corpus Inſcriptionum* a Grutero regeſtum *p.* 42., & a Gravina particulatim expenſum. Sed creſcente in dies Imperatorum potentia, atque ingeniis Romanorum aſſentationi, ac ſervitio adſueſcentibus, Senatusconſulta illa & *Lex Imperii*, ut in *L.* 2. *C. de teſt.*, & *Lex Regia* dicta ſunt. Ita magis Populi taciturnitate ac patientia, quam certa Lege poteſtas ſumma conceſſit in Imperatores, quorum ſive Edicta, ſive Reſcripta, ſive Decreta Leges tandem fuere, proprio quodam nomine *Conſtitutiones* appellatae. Edicebant aliquid ſua ſponte conſtituentes: Reſcribebant conſulentibus de jure ſuo, ſive privatis, ſive Univerſitatibus, ſive Magiſtratibus: Decernebant aut de plano interloquentes, aut ſententiam cauſſa cognita proferentes: quod feciſſe eos adhibitis in conſilium Juriſconſultis, docet Jac. Gothofredus in *L. ult. C. Th. de off. jud. omn.* Si quid illi in privatos homines, ſingulareſve cauſſas conſtituebant, id *privilegium* erat, (quaſi *lex priva*, quia veteres *priva* dixerunt, quae nos *ſingula*, uti Gellius X., 20.) nec trahebatur ad exemplum: ſi quid in communem utilitatem, id vere *Lex* erat, omneſque obſtringebat, *d.* §. 6.

Redeo ad Auguſtum. Is Juriſprudentiam auxit Edictis ſuis; quae enim pro jure Pontificis Maximi de Divinis, quaeque aut pro Tribunicia poteſtate, aut tanquam Proconſul, aut tanquam Imperator edicebat de humanis, ea in Urbe, in Provinciis, in Exercitu multo verius, quam Edicta Dictatorum *pro Numine obſervabantur*. Porro quum ante tempora Auguſti cuicumque *ſtudiorum ſuorum fiduciam habenti* liberum eſſet conſulentibus reſpondere de jure, conſtituiſſe Auguſtum, Pomponius inquit *d. L.* 2. §. 47., *ut ex auctoritate ejus reſponderetur*, ex eoque tempore coepiſſe id *pro beneficio peti*. Jam vero quod *conſtitutum* Tribonianus ſcribit §. 8. *eod.*, ut a *reſponſis eorum, quibus a Caeſare jus reſpondendi fuerat datum, Judici recedere non liceret*, id ab Auguſto conſtitutum, Cujacius, & plerique ejus §. Interpretes putant. At ſpectare Tribonianum ad Conſtitutionem Valentiniani III. in *L. un. C. Th. de reſp. prud.*, contendunt Jac. Gothofredus in *d. L.un.*, & Noodtius in *tit. D. de O. J.* Hic mihi aqua diu haeſit, haeretque adhuc. Quod Valentinianus vim juris tribueret non reſponſis coaevorum ſibi Juriſconſultorum, ſed ſcriptis quorumdam jamdiu defunctorum, quibus *dari* non poterat *jus reſpondendi*; ex eo conficiebam, ad Conſtitutionem Auguſti reſpexiſſe Tribonianum. Contra quum taceret Pomponius, quod de eorum reſponſorum vi apud Judices ajebat Tribonianus: quumque difficillimum captu eſſet, privatorum Juriſconſultorum reſponſa inter partes juris ſcripti retuliſſe Tribonianum

ex inſtituto ejus, cujus licet Principis Edicta jus Civile ſcriptum non erant; in contrariam partem animus inclinabat. Coepi tandem addubitare, num impoſuerit nobis Tribonianus. Certe reſponſa Prudentum non ante acceſſerunt juri ſcripto, quam coeperunt Conſtitutionibus Imperatorum probari, nec ante, quam obſirmata Imperatorum potentia coepere horum Placita ſcriptum jus eſſe. Quod ad Auguſtum, eum id voluiſſe unum, auctor eſt Pomponius, ut quod olim omnibus, exinde paucis liceret: idque ſubdit voluiſſe in eum ſinem, *ut major juris auctoritas haberetur*. Colorem iſtum ſuo inſtituto obtendiſſe Auguſtum, facile mihi perſuadeo: arcana tamen ejus ratio omnino alia. Proſpiciebat is, Praetorem ac Judices vix diſceſſuros a ſententiis eorum, qui ex auctoritate Principis reſponderent: voluitque eo metu, ac veluti religione injecta, per Juriſconſultos ſibi addictiſſimos in foro ac judiciis dominari. Indicio ſunt non obſcuro diverſa Auguſti ſtudia in Antiſtium Labeonem, atque Atejum Capitonem ea aetate magni nominis Juriſconſultos. Hic vili *obſequio* placuit Auguſto, evaſitque ad Conſulatum: diſplicuit ille *incorrupta libertate*, & *Praeturam intra ſtetit*. Tacit. *Annal. III.*, 75. Tò *incorrupta*, quo epitheto Tacitus utitur, attentatam ab Auguſto Labeonis fidem demonſtrat. Quid autem ſperaret ſibi Auguſtus a Juriſconſulto, niſi ut antiquas Leges ad novam, quam animo agitabat Reip. formam, per interpretationem adcommodaret? Certe id unum ab eo ſibi ſperaſſe Auguſtum vel ipſe Capito profitetur in Gelli *Noctibus XIII.*, Is fuiſſe Labeonem *juris Civilis* apprime doctum praefatus, *Agitabat*, inquit, *hominem libertas quaedam nimia, atque vecors, uſque eo, ut D. Auguſto jam Principe, & Remp. obtinente, ratum tamen penſumque nihil haberet, niſi quod juſtum ſanctumque in Romanis antiquitatibus legiſſet*: ubi & *juris Civilis*, & *juſti ſanctique* mentio facit, ut *Romanas antiquitates* eſſe rear antiquas Romanorum Leges. Juriſconſultorum Auguſto obſequentium reſponſa Jus in libera Civitate natum ad ſtatus Monarchici rationes paulatim deflexerunt. Ita, ut unum, & alterum exemplum adferam, deceſſit aliquid ſub Auguſto de dominorum in ſervos, patrumque in liberos poteſtate: quae enarratius perſequar *Iuſt. Lib. I. & II.* At vero contra ſervum iſtud Juriſconſultorum pecus, cujus ductor Capito, juris antiqui regulas praefracta libertate tuebantur alii duce Labeone. Quum autem in reliquo jure controverſo, quod non Democraticae, aut Monarchicae formae proprium, ſed medium, atque indifferens erat, Capito *in his, quae ei tradita fuerunt, perſeveraret*, ſicque praeferret jus ſummum, ejus aemulus Labeo *ingenii qualitate & fiducia doctrinae plurima inſtituit innovare*, ſicque praetulit aequitatem, *d. L.* 2. §. 47. Hinc duae Juriſconſultorum Sectae, de quibus Edmundus Merillius *Obſ. jur. I.*, 2. *ſeq.*, & ſingularibus Libris Ev. Otto, & Gotfridus Maſcovius. Juriſconſultorum utriuſque Scholae ſeriem accipe in hunc modum,

Sectarum Principes
Sub AUGUSTO

Attejus (*o*) Capito	Antiſtius Labeo

Sectatores
Sub TIBERIO

Maſſurius (*p*) Sabinus	M. Coccejus Nerva P.

Sub CAJO, CALUDIO, NERONE

C. Caſſius Longinus, a quo *Caſſiani*.	Proculus (*q*), a quo *Proculiani*

Sub VESPASIANIS

Coelius Sabinus, a quo *Sabiniani* (*s*)	Nerva F., Longinus (*r*), Pegaſus, a quo *Pegaſiani*.

Sub TRAIANO, HADRIANO, ANTONINO PIO

Caſſiani	*Proculiani*
Sabiniani	*Pegaſiani*
Priſcus Javolenus	Celſus P.
Alburnius Valens	Celſus F.
Tuſcianus	
Salvius Julianus	Priſcus Neratius.

Fuere & alii per eadem tempora, de quibus Maſcovius De *ſectis Sabin.* c. 4. & 5. Sub Hadriano ſectarum diſſidia refrixere, Edicto perpetuo

(o) *In quibusdam antiquis* Libris *ſcriptum eſt*, Atejus.

(p) *Apud Athenaeum IV*, 5., *& Arrian. Epict. IV.*, 3. *eſt* Maſurius. *Sed Athenaei Maſurius alius eſt a noſtro, cujus aetas cum tempore convivii non congruit. V. Ducker De Latin. vet. Juriſc. p.* 158.

(q) *Proculi praenomen* Sempronius, *quantum conjicere licet ex L.* 47. *de leg.* 2.

(r) *Iſtius Longini Proculo & Nervae F. aequalis ſolum apud Pomponium mentio : eumque ex equeſtri ordine fuiſſe, tum Praetorem, Pomponius ſcribit. Ad haec de eo nihil eſt memoriae proditum.*

(s) *Non a Maſſurio Sabino, ut putant vulgo, ſed a Coelio Sabino, ut bene Jac. Gothofredus in Manual. jur.; factum nomen Sabinianorum ; quum enim coaevi fuerint Coelius Sabinus, & Pegaſus, ſoleantque Sectatores a coaevis Doctoribus nomen accipere, uti a Caſſio, & Proculo Caſſiani & Proculiani dicti ſunt, ſic a Coelio Sabino, & Pegaſo Sabinianos, & Pegaſianos dici oportuit.*

condito : certe ſub Antonino Pio defecerunt . Nonnullas controverſias compoſuere Juriſconſulti inter utramque ſectam medii , quos *herciſcundos* primus Cujacius appellavit in §. 25. *Inſt. de rer. div. Lib. II.* : quo ſenſu Servius *herciſcundos* dixiſſe Stoicos videtur in *Lib.5.Æneid.*(1) . Mediam illam tenuit viam Hadriano antiquior Priſcus ſive Neratius,ſive Javolenus apud Trib. *pr. tit. quib. mod. tut. fin. Lib. I.*, ſed herciſcundos proprie vocant Juriſconſultos Hadriano , atque Antonino Pio juniores . Tales fuere Pomponius , Gajus , Scaevola , Papinianus , Ulpianus , Paulus , qui in aliis cum Sabinianis , in aliis cum Proculianis ſentiunt : in aliis utriuſque ſcholae ſententias appoſito diſcrimine componunt . Pleraſque controverſias Deciſionibus ſuis definiere Imperatores , maxime Juſtinianus . Sed ſuperſunt adhuc in Libris juris veſtigia veteris diſſidii , atque incuriam Triboniani paſſim queruntur Interpretes.

Pergo ad Tiberium . Is exemplo Auguſti imperium , quod diu ſimulate abnuerat,quaſi coactus recepit : eaſdemque artes, quibus ei Auguſtus praeluxerat , contentus aliquandiu exercuiſſe , mox nova regnandi arte *Comitia e campo* tranſtulit *ad Patres* , uti elegantiſſime Tacitus *Annal. I.* , 15. , h. e. quae jubere Populum in Comitiis , mos juſque erat , ea jubere Patres voluit in Senatu . Difficultatis , & periculi plena res erat in Comitiis dominari, in Curia facile ac tutum . Quam novi inſtituti cauſſam adferunt Pomponius *d. L.* 2. §. 9. , ac Tribonianus §. 5, *eod.* , quod aucto mirum in modum Populo R. difficile eſſet Comitia haberi , ea eſt adeo falſa , ut ne praetendi quidem a Tiberio potuerit . Ut ut iſta ſe res habuerit , certe aevo Tiberii eſſe coepit Senatuſconſultum , quod Senatus *jubebat* *d.* §. 5. Antea Populus jubere , Senatus *cenſere* , vel *auctor eſſe* dicebatur: ac ſi quando Decretis ejus Magiſtratus majores , Tribunive Pl. intercederent , perſcripta *auctoritate* ad Populum referebatur . Coel. ad *Cic. Ep. ad fam. VIII.* , 8. Quamquam vero Tiberius Comitia e campo tranſtuliſſet in Curiam potius creandorum Magiſtratuum cauſſa , quam faciendarum Legum ; (has enim interdum Populo permiſit) tamen mox ſub ipſo Tiberio ſaepe a Senatu jus factum , ac procedente tempore quo magis increbreſcere Senatuſconſulta de jure ſive publico , ſive privato , eo caepere magis rareſcere Leges Populi , quouſque hae tandem defecerunt. Senatuſconſulta praeivere *Libelli Imperatorum* a Quaeſtoribus Candidatis in Senatu praelecti , *L.* 1. *de Off. Quaeſt.* , aut *Orationes* ſive a Candidatis, ſive ab ipſis Imperatoribus habitae ad Senatum : quo factum , ut in Libris juris *Orationes* Principum ipſa ſint Senatuſconſulta . Exemplorum abunde erit in Libris *Inſt.* V. Diſſert. Ottonis a Boekeln *De Orat. Princ. in Senatu* . Senatuſconſultis privatum jus conſtitutum uſque ad Antoninum Caracallam ; non enim ullum occurrit recentius eo , quod ſub Caracalla factum, proponit Ulp. *L.* 3. *de don. int. vir.* Quemadmodum autem Imperatores potentiae non dum ſecuri ſatis habuerunt Leges facere

per

(1) *Servii locum expendit Stephani Morini Diſſertatio* , *Quare Stoici herciſcundi appellati fuerint* .

per Senatum, ita ubi, ruentibus in ſervitium Romanis; vix ſibi eſſe metuendum novere, Monarchas paulatim exeruere, inſcioque Senatu nova Edictis ſuis jura condere coeperunt. Rariora Senatuſconſulta, & crebriora Edicta primum ſub Hadriano. Nec defuit cauſſa. Ei diu, ac longe lateque peregrinanti non erat ſemper copia conſulendi Senatus. Poſt Caracallam Senatuſconſulta nulla: novique juris fons unus Imperatorum Conſtitutiones, maxime Edicta.

Delapſa a Tiberio ad Hadrianum oratio Imperatores inter utrumque medios non attigit; nam vix quidquam eſt novi in Imperio eorum quod pertineat ad Hiſtoriam juris. Conſiſtet autem in Hadriano, quem *Legibus imbuiſſe Remp.*, inquit Latin. Pacatus *Panegyr. c.* 11. Lex Cornelia Edictum Praetoris perpetuum fecerat, ſed intra annum Praeturae. Liberum igitur novo Praetori erat nova Capita adſuere, &, ut eſt ingenium hominum, ſinguli in annos ſingulos aliquid adpendebant de ſuo: quod ut prodeſſe in publicum videretur, novitate tamen ipſa turbabat. At vero Hadrianus (*u*) an. V. DCCCLXXXIV. (*x*) Edictum perpetuum ex quo jus ab omnibus futuris Praetoribus diceretur, componi juſſit per Salvium Julianum Juriſconſultorum ejus aevi facile principem. In Edictum illud collata a Juliano fuere, quae uſquam egregia ſive in Praetorum, Ædiliumve Edictis, ſive in Sententiis Sabinianorum, *Conſt. tanta* §. 5. *de confirmat.* D., & *L.* 1. §. 1. *de jur. fiſc.* Ad haec fuere tralatitia quaedam ad rationes ejus temporis accommodata, *L.* 1. §. 1. D. *commod.*, *L.* 1. D. 1. *quod met. cauſ.*, & nova quaedam tralatitiis addita, ut Edictum *de conjungendis cum emancipato liberis ejus*, *L.* 3. *de conjung. cum emanc.* (*y*): & ipſius Hadriani Epiſtola de dividenda inter confidejuſſores obligatione, *L. inter.* 26. *de fidejuſſ.* juncto Pauli loco *Sent. I.*, 20.: qua de re redibit ſermo in §. 4. *Inſt. de fidejuſſ. Lib. III.* Edictum hoc temporis injuria intercidit, ſed ejus reſtituendi curam ſuſceperunt Eguinarius Baro in *Manuali juris*, quem ſaepe ea Edicta ſcientem

(u) *Paulo Diacono, qui Antonium Pium, & Grotio, qui in Flor. ſparſ. p. m.* 87. *&* 88. *Didium Julianum componi Edictum juſſiſſe, putat, oppone Eutropium VIII.*, 9., *& Juſtinianum ipſum Conſt. tanta* §. 18. *de confirmat.* D.

(x) *Ita ex Euſebii Chronico Heineccius Hiſt. jur. I.* 4. 223., *quem vide.*

(y) *Hunc Julianum fuiſſe eo anno Praetorem, Heineccius colligit Hiſt. jur. I.*, 4. 224., *qui enim alia novum addere Edictum potuiſſet? Ego quoniam aliunde de Juliani Praetura ne conjici quidem quidquam poteſt, argumentum Heineccii nihil moror; nam paria ſunt nova capita adſtruere, & immutatis quibusdam tralatitia traducere ad novos mores: at vero poſterius hoc Julianum feciſſe jure Praetoris, dixerit nemo. Omnia is fecit pro eo jure, quod Hadrianus dedit. Quidquid autem non ſolum ab Edictis Praetorum, ſed unde unde in Juliani Edictum confluxit*, Edictum *vocatur, vel ipſa Hadriani Epiſtola de beneficio diviſionis.* Paulus *Sent. I.*, 20.

Digitized by Google

tem confinxiſſe, quae nunquam fuerunt, Gothofredus in *Biblioth. jur. c.* 1. ſcribit : Guil. Ranchinus, qui eo peccaſſe videtur Gothofredo ibid., quod Juſtinianeum, non genuinum Edicti ordinem ſequutus ſit : & Gothofredus ipſe, qui *Seriem Edicti perpetui* dedit in *Quatuor Fontibus juris*, quo Opere aliorum induſtriam vicit. Vide quoque *Oeconomiam juris* Hub. Giphanii, & *Oeconomiam Edicti perpetui* Petri Pitenii.

Ab Hadriano ad Conſtantinum eadem Juriſprudentiae facies. Sed tempus inter utrumque medium habet nonnulla, quae faciunt ad Hiſtoriam juris. Imperatorum Conſtitutiones eo tempore in ingentem numerum excrevere, eiſque colligendis egregie navata opera a Juriſconſultis Papirio Juſto, & Julio Paulo. Papirius *Libros XX. Conſtitutionum* ſcripſit, quibus eum Conſtitutiones Impp. Antonini & Veri complexum, patet ex fragmentis XVI., quae in Pandectis ſunt, octo ex Libro I., ſeptem ex Libro II., uno ex Libro VIII. Quod vero is in omnibus iis fragmentis *reſcripſiſſe* Imperatores, ait; conjeciſſe eum ſuſpicor in XX. eos Libros tantum *Reſcripta* : quodque Antoninum & Verum nuſquam *Divos* appellat, facile mihi perſuadeo, eum ſub iiſdem Imperatoribus ſuos Libros ſcripſiſſe (z). Index Florentinis Pandectis praefixus Paulo adtribuit *Libros III. Decretorum*, de quibus v. Inſcriptiones *L. Æmilius* 28. *de tut. & cur. dat.*, & *L. ult. de compenſ.* : itemque *Libros VI. ſententiarum, ſive factorum*, ex quibus Lex nulla eſt in Pandectis deſcripta. Quoniam autem in Epigraphe *L. quum quaerebatur* 240. *de* V. S. laudantur *Libri VI. Imperialium ſententiarum in cognitionibus prolatarum*, & in Epigraphe *L. ult. de hered. inſt.*, ac *L. ult. ad* SC *Trebel. Libri VI. Imp. ſent. in cogn. prolat. ſeu Decretorum*, probabile eſt, tribus iſtis titulis unum idemque Opus deſignari, eorumque ultimum eſſe integrum, alios fuiſſe contractos a Triboniano, atque Indicis Auctore, qui & *Decreta* mutavit in *Facta*, quae nonnunqaam ſunt idem, quod *reſcripta*, & *judicata*. Capitolin. in *Macrin. c.* 12. Quin Libros *Imp. ſent.* &c. eosdem eſſe cum Libris *Decretorum* : hoſque ab Auctore Indicis tres numerari, quod Tribonianus tribus tantum prioribus ſit uſus, Cujacii conjectura eſt *Obſ. II.*, 26. Eosdem quoque facit, aliunde tamen petita diverſi tituli, ac numeri librorum ratione, Schultingius in *Inſcript. Sent.* Pauli, quem adiiſſe non poenitebit. Congeſſit autem Paulus in eos Libros Decreta ſive Septimii Severi, *L. Severus* 9. *de Decur.*, ſive Severi filiique ejus Antonini Caracallae; qui ſunt *Imperatores* in *L. Statius* 48. *de jur. fiſc.*, ſive unius Antonini, qui potius, quam Severus in *d. L.* 38. *de min.*, ac pleriſque eorum Librorum fragmentis dicitur *Imperator*, nam ſub eo pleraque ſua Opera compoſuit. Ea Decreta plerumque ex appellatione cognoſcentes protulerunt Imperatores, *d. L.* 38., *L. quaedam* 41. *fam.*, *erciſc.*, *L. Ti-*

(z) *Libros Conſtitutionum ſub Antonino & Commodo ſcriptos, pleraque fragmenta oſtendere, Heineccius inquit Hiſt. jur. I.*, 4. 257. *Qui poſſit is* pleraque *laudare, quum ne unum quidem ſit, quo Commodi mentio fiat, ignoro*.

Titianus 8. *quod cum eo, qui in alien.*, *L. Oſidius* 07. *de leg.* 3., *L. ult. ad Trebel.*, *L. ult. de jur. patron.*, & *L. maritus* 20. *de quaeſt.*: quandoque etiam conſulentibus de dubio jure Magiſtratibus, *d. L.* 48. *de jur. fiſc.* V. Merill. *Obſ.* II., 26. Spectat ad idem tempus Legum Romanarum Schola Beryti in celeberrima Phoenices Urbe III. Eccleſiae ſaeculo inſtituta, cujus mentio apud Diocletianum in *L.* 1. *C. qui aet. vel prof. ſe excuſ.* De auctore non liquet. Ejus videtur primus meminiſſe Gregorius Thaumaturgus ſub Alexandro Severo in *Panegyr. ad Orig.* Berytenſis Scholae fata enarrat Heineccius *Hiſt. jur. I.*, §. 296. & *ſeq.* De ea etiam aliquid Jac. Gothofredus in *L.* 2. *C. Th. de adſeſſor.*

Hactenus veterum Juriſprudentiam contemplati intueri novam incipiamus. Novae auctor Conſtantinus M., qui & capita aliquot antiqui juris, quae Chriſtiana pati Religio non poterat, aut omnino abolevit, aut ſaltem, quantum ejus temporis ſivere mores, emendavit: & alia permulta, quae ad Religionem non pertinebant, praeciſis veterum ambagibus, ac natura potius, quam ſubtili Romanorum Juriſprudentia ſpectata ad majorem ſimplicitatem atque aequitatem traduxit; quae omnia ex Euſebii Libris *De vit. Conſtantini*, & ex Theodoſiano, ac Juſtinianeo Codice in unum volumen coegit, explicuitque Fr. Balduinus. At vero Juriſconſulti maximam partem pagani, diuque regulis antiqui juris imbuti novae illi Juriſprudentiae iraſcentes, quantum poterant, veteri reſtituendae adlaborabant. Hinc ipſius Conſtantini aevo Codices Imperialium Conſtitutionum duo, Gregorianus, & Hermogenianus. Qui fuerint eorum auctores, quorumve Imperatorum Conſtitutiones iis fuerint comprehenſae, certo ſtatui non poteſt. Ex fragmentis, quae extant, leves petuntur conjecturae, nec minus leves aliunde *(aa)*. Similius eſt veri, in priorem contuliſſe Gregorium an. Ch. CCCXXXVI. Praefectum Praetorio Conſtitutiones Imperatorum ab Hadriano ad Diocletianum, & Maximianum: in poſteriorem haud multo poſt contuliſſe Hermogenianum Conſtitutiones nonnullas eorumdem Diocletiani, & Maximiani, ac porro aliorum uſque ad an. Ch. CCCCXII., unde incipit Codex Theodoſianus, de quo infra. Inſtituta patris perfecerunt Conſtantinus, Conſtantius; & Conſtans. Et vero, ut exemplum capiam ex eo, quo maxime vetus Juriſprudentia differt a nova, formulas juris, quas ſuſtulerat pater ex parte, omnino ſuſtulerunt. V. Nazar. *Panegyr. c.* 38., Euſeb. *IV.*, 26., *L.* 1. *C. de formul.*, *L. quoniam* 15. *C. de teſtam.* L. *in legatis* 21. *C. de leg.*, Raevard. *De auctorit. prud. c.*, 2. Jac. Goth. in *L.* 3. *C. Th. de ſtud. liberal. urb. Rom.*, & noſtras juris *Obſ. I.*, 11. Novam iſtam Juriſprudentiam retinuere alii ad Juſtinianum Imperatores: quodque reliquum erat imaginariorum rituum, aliarumque tricarum antiqui juris, abolverunt.

Et

(aa) *V. Panciról. De clar. LL. interpr. I*, *65.*, *& 66.*, *Iac. Gothofred. Proleg. Cod. Th. c.* 1., *Menag. Amoenit. jur. c.* 11., *Schulting. Juriſpr. Antejuſt. p. m.* 683. *&* 709., *atque Heinec. Hiſt. jur. I.*, §. 303. *& ſeq.*

Digitized by Google

Et merito ajebat Juſtinianus in *Prooem. Inſt.* §. 3, ſua aetate non *ab antiquis fabulis*, h. e. imaginariis ritibus dramati ſimillimis (bb), ſed ab Imperatoriis Conſtitutionibus ad ſolam utilitatem compoſitis Legum initia capi.

Sed & de Theodoſio Juniore, & de Juſtiniano dicendum. Theodoſium an. Chr. CCCCXV. Berytenſi Scholae addidiſſe Romanam, & Conſtantinopolitanam in quibus duo praeter alios aliarum artium Doctores Romanum jus profitebantur, vulgo traditum, ac nupertime ab Heineccio *Hiſt. jur. I.*, 5. 313. ob *L. un. C. de ſtudiis liberalibus Urbis Romae, & Conſtantinopolitanae*, quae Theodoſi Junioris eſt. Verum licet Tribonianus eo Titulo utramque Scholam conjungat, Theodoſiana tamen *Lex* de Conſtantinopolitana tantum agit. In id inquirere nunc mihi commodum non eſt: ſed erit fortaſſe alias. Idem Theodoſius per octo viros, in quibus primas agebat Antiochus Expraefectus, & Conſul, Imperiales Conſtitutiones a Conſtantino ad eum uſque diem regeſſit in Codicem, qui *Theodoſianus* eſt dictus. Conditum, editumque eum Codicem an. Chr. CCCCXXXVIII., quatuor argumentis evincit Gothofredus *Prol. ad C. Th. d. c.* 1. At bono Juriſprudentiae natus unus videtur Juſtinianus. Extabant ejus aevo Codices Gregorianus, Hermogenianus, Theodoſianus, & *Novellae* Conſtitutiones permultae, accedebantque, velut cumulus, Juriſconſultorum volumina, quae ad duo librorum millia & tricies centena millia verſuum (cc) excreverant, *Praef. omnem* §. 1. Erat quidem optandum, ut ſeligerentur inde, quae magis eſſe videbantur ex uſu fori, eaque certo digeſta ordine cum acceſſionibus eorum, quae forte deerant, ſtudioſis Legum traderentur. Et id praeſtitit Juſtinianus. Ita is per Decemviros, quorum potiſſimus Tribonianus, *Vir Magnificus* (dd), *Magiſter* (ee), & *Exquaeſtor* (ff) *Sacri Palatii*, uti dicitur in *Prooem. Inſt.* §. 3.

(bb) Fabulas *ſic belle exponunt Ulricus Huber Obſer. I.*, 4., & *Ev. Otto Praef. ad Tom. III. Theſ. jur. p.* 27. & 28. *Alia commenti ſunt Balduinus*, & *Muretus in d.* §. 3., *Scipio Gentilis Parerg. II.*, 26., *Raevardus Conject. III.*, 3., & *Bynkerſhoekius Praeterm. ad L.* 2. *de O. J.* §. 38.

(cc) *Solenne olim fuiſſe Librorum ſaltem bonorum verſus numerare, ac deſcribere, multis veterum teſtimoniis docent Duarenus Diſp. II.*, 6., *Caſaubonus ad Athenae. VI*, 10., *Menagius ad Laert. VII.*, 33. *Montfaucon Palaeogr. I.*, 4. *Quid vero* Verſus *erant, num integrae ſententiae, ſeu periodi, an lineae? Addubitat Lipſius Centur. Epiſt. V.*, 39. *Fuiſſe ſententias, opinio Duareni eſt: at lineas fuiſſe, egregie adſtruunt Contius Lect. I.*, 8., & *Bynkershoekius Obſ. jur. V.*, 15.

(dd) *Epitheton hoc honoris olim ſupremis tantum Magiſtratibus datum, Datum & Carolo M. ab Innocentio III. in cap. venerabilem* 34. *de elect.*

(ee) *Subaudi* officiorum, *ut in L. ult. C. de delat. Ad eum Magiſtrum pertinebat Palatii diſciplina. Caſſiod. Var. VI*, 6., Pancirol. *in Notit. Dignit. Imp. Orient. c.* 63., *Guther, De off. Dom. Aug. II*, 20.

(ff) *Scribi* ex Quaeſtore, *quam* Exquaeſtor, *politiores Viri malunt. V. Pitiſcum in* Ex.

Digitized by Google

§. 3., ex tribus iis Codicibus, & novis aliquot Conſtitutionibus ſuis *Codicem* (gg) confecit, quem, teſte Paulo Diacono *Hiſt. Langob.* I., 25. de ſuo nomine *Juſtinianeum* appellavit : tum ex Libris veterum Juriſconſultorum *Digeſta* ſeu *Pandectas* ſeptem aliis viris ad rem acciтis. Titulus *Digeſtorum*, quem primus videtur uſurpaſſe Alphenus Varus, recte diſpoſiti juris: titulus *Pandectarum* comprehenſi omnis juris eſt index. Eſt, cur in poſteriore modeſtiam deſideres, quae titulos maxime commendat; ſed exemplo fuere veteres aliquot Juriſconſulti eo titulo delectati. A. Auguſtin. *De nom. propr. Pand. Praef.* Abſolutis, ſed non dum editis Pandectis, per Tribonianum, Theophilum (hh), & Dorotheum, quos *d.* §. 3. *Illuſtres* (ii), atque *Anteceſſores* (kk) appellat, *Inſtitutiones* (ll) concinnavit ex Inſtitutionibus veterum Juriſconſultorum, quum primis Gaji: qua de cauſſa eum in *d. Prooem.* §. 6., atque alibi vocat *ſuum*. Has primum, deinde Pandectas evulgavit: mox rurſus Codicem edidit multo emendatiorem, ac praeterea auctum *Deciſionibus L.*, in quas nobilem Edmundi Merilli Commentarium habemus. Atque hic ille eſt, qui nunc noſtris manibus teritur (nam prior intercidit) & Codex dicitur *repetitae praelectionis*, h. e. editionis ſecundae. Tandem ultimo Imperii anno, quas novas Conſtitutiones ediderat a repetita Codicis praelectione, eas contulit in unum volumen inſcriptum *Codex Novellarum*. Paulus Diac. I., 25. Novellas maximam partem Graece ſcriptas in Latinam Epitomen redegit Julianus Anteceſſor Conſtantinop., quem Juſtino II., Tiberio, ac Mauritio aequalem probabiliter facit ejus Epitomes editor Ludovicus

(gg) *Codex*, *&* *volumen a Libro*, *uti a genere ſpecies*, *differebant*. *Ulp. in L. librorum* 52. *de leg.* 3., *Paul. Sent. III.*, 6. 87. *Codicis forma ut plurimum quadrata vel quadrangula*, *interdum etiam triangula*: *voluminis forma in cylindri*, *columellaeve modum*. *Sed iſtis vocabulis paſſim abutimur. V. Cujac. & Schulting. in d. Pauli loc.*

(hh) *Theophilum hunc fuiſſe eum ipſum*, *cujus extat elegans in Libros Inſtitutionum Paraphraphis*, *veroſimillimum eſt; namque illum Juſtiniano coaevum faciunt haec ejus verba in* §. *ult. Inſt. de uſuc.*, Extat & Principis noſtri Conſtitutio, quam nuper emiſit. *De Theophili aetate latiſſime Ev. Otto in Prooem. Inſt.* §. 3.

(ii) *De* Illuſtribus *v. Guther. de Off.* I., 10.

(kk) Anteceſſores *erant Doctores juris*, *nam quos Orat. ad Anteceſſores ſcripta Juſtinianus dicit* Anteceſſores, *eosdem in eis*, *quae ſunt de confirmat. D.*, *ac de Cod. fac. conf. & emend.* juris praeceptores, doctores, interpretes *vocat. Cujac. Obſ.* XII., 40. *Dicti* Anteceſſores, *quod imperitis veluti praeeundo viam aperiant ad jus. Aliter Alciatus* Diſpunct. III., 12. *ac Turnebus Adv. VIII.*, 19. *Qui forum ſequebantur*, Togati *dicti*.

(ll) Inſtitutiones *Latine dici debere*, *non* Inſtituta, *ut Graeci loquuntur*, *Lectorem monet Contius Not. in Libros Inſt. Priſcianus ſub finem Libri 6.* Inſtituta *dicit*, *quod jam eo tempore promiſcuus Graecae*, *ac Latinae linguae uſus multas Latinas voces ad Graecam terminationem inflexerat*.

vicus Miraeus. De ejus aetate alii alia. V. A. Auguſtin. in *p. Epit. Praef.*, Rittershuſ. in *Novell. Prooem, c.* 4., & Menag. *Amoenit. c.* 24. Quod vero Julianus Novellas non vertit κατὰ πόδα, uti Juſtinianus ſanxerat L. 2. §. 21. *C. de vet. jur. enuc.*, verſioni defuit auctoritas juris, nomenque inditum de nomine Auctoris, laudatur enim ſub titulo *Novellarum Juliani*. At verbum verbo reddidit *Anonymus* quidam, quem multi Juſtiniano, multi Mauritio ſupparem volunt, A. autem Auguſtinus *Parat. in Juliani Nov.* 90. fuiſſe putat Berguntionem Piſanum, qui Graeca Digeſtorum verba Latine interpretatus eſt: quae una verſio jamdiu obtinet in foro: ſicubi vero non convenit cum Graeco textu, ejus nulla vis eſt. Maſcov. in *Gravin. De ortu & progreſ. jur. Civ. c.* 135. Deſiderant quidem in ea Viri Graece ac Latine docti elegantiam, & perſpicuitatem; ſed eam quandoque injuria, quandoque magis typographi, quam Auctoris vitio reprehendi, tradit Cujacius *Obſ.* VIII., 40. Sunt & verſiones Gregorii Haloandri, Henrici Agilaei, A. Contii, & Friderici Hombergk ſane elegantes. Quoniam autem juri Codicis ſaepe derogant, ſaepe etiam jus illud abrogant Novellae; ea Novellarum loca, quae Codici adverſantur, in epitomen contracta, Legibus Codicis ſubjecta ſunt, quae *Authenticarum* nomine laudantur, quemadmodum Librum ipſum Novellarum barbari juriſconſulti *Authenticum* dixere. Authenticarum auctorem vulgo faciunt Irnerium, qui primus poſt factum a Barbaris in Italiam impetum jus Romanum fertur publice docuiſſe. At vero Haloander in *Epigraphe Sylloges Authenticarum* poſt Codicem ſuum Authenticas Irnerio, Alberto, Bulgaro, & aliis ejus aevi tribuit. Nonnulli, quorum numero ſunt Zaſius, & Hotomanus, eas Irnerii, aut cujuſquam alius eſſe opus addubitantes ſcripſere. Primus Carolus Molinaeus *Lect. Dol.* 3. *n.* 20. & *ſeqq.* Authenticas multo antiquiores Irnerio eſſe exiſtimavit eo argumento, quod *Authenticam Presbyteros, C. de Ep. & Cl.* deſcripſerit Gregorius M. *Ep. XI.*, 50. & 54. Idem Strauchio viſum in *Irnerio non errante*: quae *Diſſertationum* ejus *Academicarum* eſt IV., & Pagenſtechero in *Irnerio injuria vapulante*. At praeclare oſtendit Bynkershoekius *Diatrib. de Auctore, Auctoribuſve Authenticarum*, Irnerium neque omnium, neque nullius eſſe auctorem: fuiſſe nonnullas ſub ipſo fere Juſtiniano inſertas Codici, ac nominatim *Auth. quas actiones C. de SS. Eccl.* cujus non obſcurum veſtigium extat in Juliani *Dictato de Conſiliariis*, quod P. Pithoeus, & Schultingius edidere: pleraſque Irnerii eſſe, alias Martini, & Azonis, & forte alias aliorum juris interpretum Saec. XII. ac XIII. Totum igitur Juſtinianeum jus comprehendunt Codex, Pandectae, Inſtitutiones, Novellae. Codicis Libri XII.: Pandectarum Partes VII., Libri L.: Inſtitutionum Libri IV. Pandectarum partitio in *Digeſtum Vetus*, *Infortiatum*, ac *Novum*, uti & partitio Novellarum in *Collationes novem*, quibus acceſſit decima jus Feudale continens, opus eſt barbarorum interpretum, qui Irnerio ſucceſſerunt. Chronologiam legiſlationis Juſtinianaee diligentiſſime contextam habes apud Contium *Lect.I.*, 7., & Fabricium *Bibl, Grec. XII.*, *p.* 346. Paucis ſic habe.

Ju-

Digitized by Google

Juſtinianus Anno Chriſti

DXXVIII. Id. Febr. Codicem componi jubet.
DXXIX. VII. id. Apr. Codicem edit, & confirmat.
DXXX. XVIII. Kal. Jan. componi Pandeċtas jubet.
DXXXI. Componuntur Pandeċtæ.
DXXXII. Componuntur Pandeċtæ.
DXXXIII. Inſtitutiones componi jubet.
XI. Kal. Dec. edit. Inſtitutiones.
XVII. Kal. Jan. edit. Pandeċtas.
DXXXIV. XVI. Kal. Dec. Codicem edit repetitae praeleċtionis.

Nunc pauca quaedam de Triboniano, cujus recurret perſaepe nomen in Libris Inſtitutionum. Is praeſtantis ingenii, atque, ut illa ferebat aetas, ſummae eruditionis Vir fuit, in jure autem Civili tantus, quantus tunc vix alius uſquam. Procopius *De bell. Perſ. I.*, 24. Datum ei vitio, quod quandoque ignorarit jus vetus: quod Antinomias bene multas reliquerit in Libris juris: quod ſaepe antiquorum Juriſconſultorum fragmenta, & Imperatorum Conſtitutiones interpolarit: quodque ſive precio, ſive gratia Theodorae corruptus Imperatori ſuo auċtor quorundam fuerit contra naturalem aequitatem: quae omnia in ſuo *Anti Triboniano* Hotomanus, in *Emblemat. Tribon.* Wiſſenbachius, & paſſim in ſuis Commentariis notarunt A. Faber, Raevardus, Bachovius, aliique nonnulli. Sed eas notas eluere conati ſunt Eichelius in *Animadv. ad Procop. p.* 142. Chifletius in *Diſſert. apolog. De jur. architeċt. c.* 2. & 3., Huber. in *Eunomia*, aliique. Meum judicium eſt, peccaſſe Tribonianum nonnulla, ut plurimum vero defendi reċte poſſe, maxime cum ut interpolator traducitur; quoniam enim varia, quae in unum veluti corpus coaluere, tanquam ab uno Auċtore profeċta videri debent, fuit quidem neceſſe, ut non pauca ad rationes Juſtinianei temporis infleċterentur.

Reliqua ſunt tandem Romanae Jurisprudentiae poſt Juſtiniani obitum fata. Graeci, deſueſcente paulatim Latina lingua, Leges Romanas verterunt in ſuam, Pandeċtas Thalelaeus, Stephanus, Cyrillus, Dorotheus: Codicem ſive Thalelaeus, ſive alius: Inſtitutiones Theophilus. Poſtremo Latinam Juſtinianei Operis editionem omnino excluſit Graecia, & nova juris Colleċtio Graece prodiit, in quam & Juſtinianea Juriſprudentia contraċtior, & novellae Graecorum Imperadorum Conſtitutiones conceſſerunt. Anno Chr. DCCCXXXVIII. Baſilius Macedo edidit Πρόχειρον τῶν νόμων, hoc eſt, *Promptuarium legum* in libros XL. tributum: deinde Leo paternam Colleċtionem abſolvit Libris LX., ediditque ſub titulo Διατάξεων βασιλικῶν, hoc eſt, *Conſtitutionum Imperialium* an. DCCCLXXXVI. Demum Conſtantinus Prophyrogeneta ad paternum Opus ultimam manum admovit, & Libros *Baſilicorum* Saeculo X. ineunte evulgavit. Habent hi Libri praeter ea, quae recenſui, multa ex Graecorum Juriſconſultorum Paratitlis, & vero etiam ex Libris Patrum, & Conciliis ſeleċta. Sed nonnulla habet Latina Romani juris editio, quae, quod deſueverant, Libri Baſilicorum non habent. Ex Baſilicis redditum jus in Oriente uſque ad annum MCCCCLIII., quo anno Turcae Conſtantinum Paleologum

Imperio deturbarunt. Sed & Turcas Juſtinianeo Codice turcice ſcripto in judiciis uti, auctor eſt Leunclavius *in Praefat. ad libros III. Paratiul.*; & audiviſſe ſe, ſcribit Menagius *Amoenit. jur. c.* 26. ex Legibus Romanis haud pauca in Turcicas confluxiſſe. Occidentem jam ante Juſtinianum barbarae Leges invaſerant: ſed jus Romanum non intercidit; nam barbari optima regnandi arte devictis populis dedere ſuis Legibus vivere. Eas noſtrae Italiae Provincias, quas Langobardorum barbaries occupavit, plerique omnes exiſtimant, jure Juſtinianeo uti deſiiſſe, quod Saeculo XI. ſub Lothario Saxone primum revixit; expugnata enim ab Lothario Amalphi, forte fortuna inventos in ea urbe Pandectas ajunt, eoſque ex omni praeda ſibi petiiſſe, ac praemii loco obtinuiſſe Piſanos, qui Lothario contra Rogerium ſubſidio luere: tum, Piſanis in Florentinorum ditionem redactis, Florentiam translatos, unde *Piſani* (mm) Pandectae, *Florentini*. Sub idem tempus Codicem Juſtinianeum Ravennae inventum tradunt, & mox reliquos Libros Juſtiniani. Novellas tantum vel ante id tempus per Italiam vagatas, affirmant. At falſi ſunt. Langobardi ſolum Langobardis Legis Langobardae neceſſitatem impoſuerunt: Italis optionem Legis dedere in *Lang.* I., 29. 2., quin a Luitprando Rege cautum, ut mulier Langobarda Romano viro nupta jure Romano viveret, in *Lang. II.*, 8. 1. Langobardis ab Italia pulſis, eandem optionem Italis dedit Carolus M. in *Lang. II.*, 57. 1., & ſaepe in *Capitularibus* ſuis Romanum jus citat. Inſtitutiones laudant Atto Epiſcopus Vercellenſis *Ep. ad Azonem Epiſc.*, Ivo Carnotenſis *Ep.* 213., ac Petrus Damianus *De Parentelae grad. Opuſc.* 8. *pr.*, & *c.* 11.: Codicem Juſtinianeum idem Epiſcopus Vercellenſis ibid., & Ivo Carnot. *Ep.* 173.: Digeſta Burchardus, & Ivo in *Decretis*: Novellas idem Atto, Hincmarus Rhemenſis *Ep. ad Hincmarum Nepot*, Joh. Papa VIII. *Ep. III.*, 163., & Ivo Carnot. *Ep.* 173. 244. 383.: Codicem, & Novellas Gregorius M. *Ep. XI.*, 53., & *XII.*, 53. Poſtremo ante inventos Amalphi Pandectas primum Pepo, tum Irnerius Romanum jus Bononiae docuere. Quod vulgo ajunt, Pandectas Amalphi inventos, etſi id nemo ante Fr. Raynerium de Grancis Piſanum Saec. XIV. ſcriptorem tradat, facile tamen probo; erat enim ea civitas ſub imperio Graecorum, quos veriſimile eſt Pandectas aut ad eruditiorem, aut ad expeditiorem Baſilicorum intelligentiam adhibuiſſe, uti & nos Baſilica. Illud contendo, vel ante id tempus Libros Juſtinianei juris in Italia fuiſſe. Sed & illa vulgaris hiſtoria id habet a veri ſpecie alienum, Piſanos exoraſſe ſibi praemii loco Pandectas, quis enim id credat de gente lucri ſtudioſiſſima, quales eorum temporum hiſtoria Piſanos deſcribit? aut, ſi id probes, quid cauſſa fuiſſe dixeris, cur Piſani eos libros ſibi exoraſſent? Certe id, quod jamdiu illi in pretio eſſent apud Italos. Argumentum hoc fuſe & ſubtiliter perſequuti ſunt noſter Antonius Aſtenſis, & Vir omnis Divini atque humani juris ſcientiſſimus Bernardus Tanucius Regi noſtro a ſanctionibus ſecretis.

IN-

(mm) *Pandectarum genus maſculinum eſſe, verius eſt; qui enim Pandectas dicit, ſubaudit* Libros. *V. A. Auguſtin. De nom. propr. Pandect. Praef.*

Digitized by Google

INSTITUTIONUM
URIS CIVILIS ROMANI
LIBER I.

DE JUSTITIA ET JURE
TITULUS (*a*) I.

PR. Tit. & ſ. (*b*) I. Quod Juriſconſulti munus eſt juſtitiam colere, ac boni & aequi notitiam profiteri, uti Ulp. inquit *L.* 1. §. 1. *de juſt. & jur.*, recte Tribonianus a *Juſtitiae* & *Juriſprudentiae* definitionibus Inſtitutiones ſuas auſpicatur. Juſtitia eſt *conſtans & perpetua voluntas jus ſuum cuique tribuendi* (*c*), *pr. h. tit.*, *& L.* 10. *eod.* In definitionem hanc reprehendendam tuendamve multo plus inſumtum operae, quam res poſtulabat. V. Alciatum *Parerg. I.*, 31., Contium, & Hotomanum in *pr. h. t.*, Turnebum *Adv. VIII.* 20., Grotium in *Flor. ſparſ. ad Inſt. h. t.* & Fr. Ottonem in hunc locum. Ea meo judicio vitii nihil habet. Si genus ſpectes, in conſtanti ac perpetua voluntate (*d*), ſeu animi affectione atque habitu omnis poſita eſt virtus, uti pulchre Ariſtoteles *De morib. II.*, 3., Cicero *De LL. I.*, 17., *Tuſcul. diſp. IV.* 15.
ac

(a) *Jac. Cujacius ex fide vetuſtiorum Eſemplarium* Titulos *Inſtitutionum primus mutavit in* Capita. *Ergo nihil muto, nam & in multis antiquis Inſtitutionum Codicibus ſectiones Librorum* Tituli *appellantur, & eſt id vocabulum non apud nos ſolum receptius, ſed & in Libris veterum Juriſconſultorum, L,* 1. *pr. &* §. 7. *de poſtul.*, L. 1. *de reb. cred. Schulting. in Inſcript. Sent. Paul. Tituli dicti etiam* Rubricae, *L.* 2. *ſub fin. de interdict. In utriuſque vocis originationem inquirunt Chriſtoph. Colerus Parerg. c.* 37., *Turnebus Adv. IV.*, 5., 5., *Magius Miſcel. I.* 14.

(b) *Nota eſt haec Paragraphi, quem Romanos Juriſconſultos Latine dixiſſe* locum, *docet Bynkershoekius Obſer. jur. V.*, 15.

(c) *Nam legas* tribuendi, *ut Florentiae legitur in L.* 10. *eod.*, *an* tribuens, *ut vulgo, quid refert? Si quid referre putes, v. Hotomanum in hunc locum, Fabrotum in Theophil,, & Menagium Amoenit. jur. c.* 4.

(d) *Metonymiam neſcio quam ſubjecti pro adjuncto in* voluntate *iſta paſſim adgnoſcunt. Voluntas proprie non vis ipſa mentis, quae vult (ſic fere loqui Philoſophi amant) ſed* conſilium, *ſeu* propoſitum *eſt. Quin potius Philoſophi metonymiam adhibent adjuncti pro ſubjecto.*

Digitized by Google

ac *De inv. II.*, 53. . ſi proprietatem, juſtitiae nihil tam proprium, quam jus cuique ſuum tribuere, ut idem Cic. *De inv.* ibid. Illuſtrat haec Noodtius *Probabil. jur. III.*, 1. & 2. A *juſtitia appellatum jus* eſt. Ulp. *d. L.* 1. *pr.* Id autem ad rationes Grammaticorum ne exigas. Quum *juſtitia* productior vox ſit, quam *jus*, nae illi, qui toti in vocabulis ſunt, a jure juſtitiam derivant; ridentque Ulpianum. Ita Magius *Miſcell. IV.*, 1. At vero Philoſophi, qui ad rerum origines, ac ſeriem attendunt, jus ajunt a juſtitia eſſe: qua origine illud nos admonent, non quidquid ab eo proficiſcitur, qui in Civitate plus poteſt, jus eſſe, ſed ita, ſi ad regulas juſtitiae conformetur, ſitque bonum, & aequum. Huc ſpectaſſe Ulpianum probat, quod continuo ſequitur apud eum, *nam, ut eleganter Celſus definit, jus eſt ars boni & aequi.* Multa Ulpiano lux e Tullii fragmento ex *Lib.* 3. *de Rep.*, quod Auguſtino debemus *De civ. Dei XXII.* 21., *Ubi vero juſtitia non eſt, nec jus poteſt eſſe; quod enim jure fit, profecto juſte fit: quod autem fit injuſte, nec jure fieri poteſt; non enim jura dicenda ſunt, vel putanda iniqua hominum conſtituta, quum illud etiam ipſi jus eſſe dicant, quod de juſtitiae fonte manaverit: falſumque ſit, quod a quibusdam non recte ſentientibus dici ſolet, id jus eſſe, quod ei, qui plus poteſt, utile eſt.* Praeluxere mihi Contius *Lect. II.*, 6., & Charondas *Veriſim. I.*, 1. (e). Juriſprudentia eſt *Divinarum atque humanarum rerum notitia, juſti, atque injuſti ſcientia*. Ulpianus *d. L.* 10. §. 2. Philoſophia quoque *Divinorum, atque humanorum ſcientia* Tullio eſt *De off. I.*, 43., ac Senecae *Epiſt.* 88. & 89. Ita Philoſophi Juriſconſultis, atque hi illis aemuli artem quiſque extulit ſuam: nec ſuam tantum extulit, ſed & riſit alienam. Seneca *Epiſt.* 8., Ulp. *d. L.* 1. *pr.*, Merill. *Obſ. I.*, 1., Ev. Otto *Orat. III. De vera Juriſc. Philoſoph.* Vere Juriſconſulti ac Philoſophi Divina etiam tractant, ſed *τὸ juſti atque injuſti ſcientia*, quod in definitione eſt, a Philoſopho ſeparat Juriſconſultum. Ille quae ſint eorum cauſſae, potiſſimum quaerit: (Cic. ibid., Senec. *d. ep.* 89.) hic quid juſti, injuſtive in iis ſit (f): exemploque eſſe poterunt, quae de rebus ſacris, religioſisve jure Civili ſunt cauta. Jam Ulpianus latiſſima illa definitione ſcientiam complexus eſt juris univerſi, h. e. publici & privati: namque hae duae ſunt ejus *poſitiones* (g), ſeu partes. Privatum ad utilitates ſingulorum: Pu-

(e) *De originatione iſta ſi quis conferre aliorum ſententias velit, adeat Alciatum Parerg.* I., 12., *Raevardum Var.* I., 2., *Gregorium Lopez Animadv. jur. cap.* 1., *Car. Selvaghium De orig. etym. & praeſtant. Pandect.*, *atque Huberum in Eunom. ad d. L.* 1.

(f) *Jam prope exciderat non praetereunda Grotii obſervatio in Flor. ſparſ. ad h. tit.*, notitiam a ſcientia *conſulto diſtingui ab Ulpiano*. [*Satis Juriſconſulto eſt Divinorum* notitiam *qualem, qualem habere.* Scientia, *ſeu altior quaedam Divinorum cognitio Philoſophi eſt, uti juſti atque injuſti* ſcientia *Juriſconſulti*.

(g) Poſitionis *vocabulum, quo Ulpianus, ac Tribonianus utuntur, profectum e Stoicis, qui partes, ſeu ſpecies dixere τόπους. V. Cujacium in L.* 115. *de V. S., & Caſaubonum in Laert. Lib. VII.*, n. 189.

Publicum ad ſtatum reſpicit *rei Romanae* (h), §. 4. *h. t.*, & *d. L.* 1. §. 2.: quae partitio a diverſo juris utriuſque fine petita eſt. De caetero quod privatum quoque jus & publice conſtitutum eſt, & publice omnibus patet, his nominibus *publicum* recte dicitur, pactiſque opponitur privatorum, *L. jus publicum* 38. *de pact.* Ita Terentianus Demipho *Phorm. II.*, 3. 65. *An*, inquit, *ne hoc quidem adipiſcar ego, quod jus publicum eſt?* Juris autem, quod ad ſtatum rei Romanae pertinet, quinque facit partes Cujacius *Obſ.* XXVII., 36. *Pontificium*, de quo Libros compoſuiſſe Attejum Capitonem, teſtatur Gellius *IV.* 6., *Feciale*, *Augurale*, ſeu *Augurium*, uti eſt in vetuſtis Codicibus Gellii I., 12. *VI.*, 6. *XX.* 11., *Flaminium*, & *Senatorium*, de quo Plinius *Epiſt. VIII.*, 14. Videntur mihi etiam aliae fuiſſe partes juris publici, namque & Legationes, & jura Fiſci, & publica crimina jus publicum ſunt, neque ad ullam earum partium referuntur. Sed nunc non id ago. Vides, Romanos Juriſconſultos Divina etiam tractaſſe. Quid quod alias quoque Gentes Divinorum aeque atque humanorum unus veluti fons Civilis poteſtas? Sunt haec notiora, quam ut ea hic probari ſit opus: & ſunt porro a nobis percurſa in *Obſ. ad Muratorii Librum De vitiis Juriſprudentiae p.* 15. Quoniam vero apud nos, qui ſingulari Dei beneficio Chriſtianam Religionem profitemur, Eccleſiae Patres jure ſuo ſibi vindicant ſacra, mirari fortaſſe poſſis, quod Tribonianus definitionem ab Ulpiano homine pagano traditam ſub Chriſtiano Imp: uſurparit §. 1. *h. t.* Multo quidem patebat latius ea definitio ex ſententia Ulpiani, ſed anguſtiore ſenſu retenta a Triboniano eſt: quaeque in Corpore juris Juſtinianei extant Imperatorum Chriſtianorum Conſtitutiones ſive de interdicto religioſarum, ſacrarumque rerum commercio, ſive de Chriſtianae Religionis, atque Eccleſiae diſciplinae tutela; (ſunt enim illi Eccleſiae vindices, ut late Vedelius *De Epiſcopat. Conſt. M.*, & Petrus de Marca *De concord. II.*, 1.) eae videri poſſunt ad Divina ſpectare.

§. III. Sequuntur tria juris Praecepta, *Honeſte vivere*, *Alterum non laedere*, *Suum cuique tribuere*, *h. t.*, & *d. L.* 10. §. 1. Praecepta alibi juſſa, hic ſunt ad juſtitiam monita. Praecipere interdum monere eſt: unde *praeceptio*, & *praeceptor*. Ita Juriſconſulti ſentiunt cum Stoicis, e quorum Schola prodiit partitio τῶν Δόγματων ſeu *Decretorum*, quae, uti Tullius inquit *Acad. IV.*, 9., *prodi ſine ſcelere non poſſunt*: ac *Praeceptorum*, quae, ut Seneca loquitur *Epiſt.* 94., *non cogunt*, *ſed exorant*. Hinc quam Philoſophiae partem dixere Stoici *paraeneticam*, Seneca *Epiſt.* 95. Latine reddit *praeceptivam*. Lipſ. *Manud. ad Stoic. Phil.* I., 12., Noodt in *Jul. Paulo c.* 10. Ergo Ars boni & aequi, ut Philoſophia, ex De-

(h) *Quid eſt, cur τὸ* rei Romanae *apud Ulp.*, *ac Trib. tam parum placeat Hotomano, ut ſuſpicetur, luſcitioſum librarium pro REIP. legiſſe REIR., h, e.* Rei Romanae? Rem Romanam pro Romana Rep. *Latine, & eleganter dici, vel pueri norunt. Vinnius, & Ev. Otto, qui id exemplis adſtruunt, in re trita otium male conſumunt ſuum.*

Decretis, & Praeceptis conſtat. Decreta imperant: Praecepta ſui quemque officii monent. Legis virtus eſt *imperare, vetare, permittere, punire*, *L.* 7. *de LL.*: proprium Legis non eſt *monere*. Quoniam vero non omnia, quae poſſet, ſed ea tantum Civilis Lex ſancit, quae & conveniunt Civitati, & poſſunt ſine magno incommodo obtineri; fit interdum, ut neque omnia imperet, quae honeſta ſunt, neque omnia vetet, puniatve, quae turpia, quin turpia etiam permittat. Horum omnium exempla ponit Ulr. Huber *Digreſſ. I.*, 2. Ne quis tamen inde conficiat, quicquid Legibus non vindicatur, licere, aut quidquid licet, honeſtum eſſe. Leges Decretis admiſcent Praecepta, quibus moneamur, multa eſſe, quae religioni noſtrae integra reſervantur, *L.* 144. *de R. J.* Appoſite Seneca *De ira II.*, 27., *Quam multa pietas, humanitas, liberalitas, juſtitia, fides exigunt, quae omnia extra publicas tabulas ſunt!* Ita ſcortari Civili jure turpe eſt, *L. idem* 4. §. 3. *de condict. ob turp. cauſ.*, & tamen impune, *L. ſi uxor* 13. §. 2. *ad L. Jul. de adult.* Similia Praecepta ſunt in *L.* 1. *pr.* juncta *L.* 7. §. 4. *de pact.*, & in *L. & ſi quis* 14. §. 14. *de relig.* Jam qua proprie re tria illa Praecepta jus differant inter ſe, explicatu difficillimum eſt. Diu multumque ea res exercuit ingenia Juriſconſultorum. V. Galvanum *De uſufr. c.* 3., Grotium in *Flor. ſparſ.*, ae *tit. D. de juſt. & jur.*, & Huberum *Obſ. jur. I.*, 10. Ego cum Joh. Mercerio *Opin. II.*, 2. ita ſtatuo. Primum ſpectat ad hominem quaſi ſolitarium, cui etiam *opinio juſtitiae neceſſaria eſt*, (Cic. *De off. II.*, 11.) formatque virum bonum; reliqua duo ad hominem, quaſi partem Civitatis, formatque, ſi ſit privatus, civem bonum, ſi in honore ſit, bonum Magiſtratum.

§. II. & IV. In §. 2. Tribonianus ducturum ſe Adoleſcentes pollicetur *levi ac ſimplici via*, h. e. plana, & non flexuoſa. Pulcre Quintilianus in *Prooem. Lib. VIII. Inſt. orat.*, *Incipientibus brevius ac ſimplicius tradi magis convenit: aut enim difficultate inſtitutionis tam numeroſae atque perplexae deterreri ſolent, aut eo tempore, quo praecipue alenda ingenia, atque indulgentia quadam enutrienda ſunt, adſperiorum rerum tractatu atteruntur*. Sed promiſſa non ſemper praeſtitit Tribonianus: habetque Libellus hic Inſtitutionum adſperiora nonnulla, quae aut omitti, aut tradi enucleatius debebant. Quum vero juris privati quam publici longe expeditior tractatio ſit, is privatum tradit, vix una adſperſa publici juris particula, quae eſt *de publicis judiciis*. Et principio illud eſſe *tripertitum* ait §. 4. *h. t.*, h. e. ex jure naturali, gentium, & Civili collectum: ex quibus etiam fontibus jus publicum promanat.

TITULUS II.

De jure naturali, gentium, & Civili.

PR. Tit. Jus naturale eſt, quod natura omnia animalia docuit, ipſa etiam bruta. Ulp. *L.* 1. §. 3. *de juſt. & jur.*, Trib. *pr. h. t.* At enim quum non aliud ſit jus, quam ratio, uti ſcite Tullius *De LL. I.*, 6.; inter homines, atque animantia rationis expertia eſſe communio juri-

ris non poteſt. Ita vero, ſed nec probabile eſt, id Ulpianum latuiſſe: nec latuit; negat enim is, poſſe brutum animal *injuria* quidquam *facere, quod ſenſu caret*, *L. 1. §. 3. ſi quadrup. pauper.*: qui autem non poteſt injuria facere, is nec jure poteſt. Jam quo ſenſu Ulpianus ſcribat, naturam bruta jus edocuiſſe, manifeſtum ex eo fit, quod mox idem ſubdit., *Videmus, caetera quoque animalia iſtius juris peritia cenſeri*. Non ait, *perita eſſe*, ſed *peritia cenſeri*, h. e. perinde haberi, quaſi perita ſint: quod eſt minus proprie loqui. In eundem modum Modeſtinus in *L. liberi* 8. *de adſig. libert.* patroni liberos inquit in plerіſque cauſſis *manumiſſoris jure cenſeri*, h. e. pro patronis haberi, licet patroni non ſint. Ita nihil eſt, cur legas *perita cenſeri*, ut quidam. Haec mea eſt in eum Ulpiani locum ſymbola. Sed loquutionem illam aliter exponunt Budaeus, & Coraſius in *d. L.*, ac Ferandus Adduenſis *Explicat. jur.* I., 3. Quod igitur bruta ſolo naturae impetu ad nonnulla feruntur, quae homines naturali jure faciunt, atque in illis cum aliqua juſtitiae imagine verſantur, impetum illum naturale jus dictitant vulgo: nec vulgaribus loquutionibus Juriſconſulti, aut Philoſophi abſtinuere.

§. I. & II. Jus gentium eſt, *quod naturalis ratio inter omnes homines conſtituit*, §. 1. *h. t.* *Omnes* ſunt *prope omnes*: cujus loquutionis exempla cuivis in Latinorum, & quumprimis Juriſconſultorum Libris vel mediocriter verſato prorſus obvia eſſe poſſunt. V. dicta *Hiſt. jur. p.* 25. Corruptos autem quarumdam gentium mores nihil officere juri gentium, inter doctiſſimos quoſque ejus juris jam conſtat. Definitio illa Ulpiani in *d. L. 1. §. 4.* *Jus gentium eſt, quo gentes humanae utuntur*, vereor ne manca ſit; quam multa enim ſunt, quibus humanae gentes utuntur, nec jus gentium ſunt, ſed unius gentis inſtituta, quae procedente tempore ad alias emanarunt? Ut quae apud gentes cuſtodiuntur, juris gentium ſint, fuiſſe ea *naturali ratione inter homines conſtituta*, & cum ipſis gentibus nata, neceſſe eſt. Merill. *Obſ. VIII.* 25. Quid naturale jus, ac jus gentium differant, ex definitionibus ipſis cognoſce. Hoc *ratio naturalis* conſtituit; illud *natura* docet. Naturam voco vim mentis honeſta ac turpia nullo ſtudio internoſcentis: quo ea refer, quae veteres Philoſophi *τὰ πρῶτα κατὰ φύσιν* dixere. Gell. XII., 5. Naturalem rationem voco vim mentis ex iis, quae ſunt per ſe cognita, alia minus quidem cognita, ſed conſectaria tamen illorum, per ratiocinationem elicientis. Ita juris naturalis eſt amor, ac tuitio ſui: juris gentium eſt bellum. Duo haec apertiſſime diſtinguit Taurus Philoſophus apud Gellium XII., 5. Sed num quod jus gentium dicitur, vere ſit a naturali ſejunctum, ut omnino tria ſint jura inter homines, naturale, gentium, & Civile, an potius jus gentium nullum ſit, ut proinde jura inter homines ſint prorſus duo, naturale, & Civile; nuſquam tanta animorum contentione diſputatum eſt, quanta aetate hac noſtra. Scripta ab omnibus in utramque partem unus collegit Arnoldus Rotgerſius in *Diſſert. Jus gentium non dari*. Ego priorem ſententiam habeo potiorem, maxime quum ad interpretandas Romanas Leges multo eſſe accommodatior videatur. Retineo etiam doctrinae gratia vocabula illa *juris gentium primaevi*, & *juris gentium ſecundarii*,

quorum altero jus naturae, altero jus gentium ſignificare Interpretes ſolent. Jus Civile eſt jus cujusque Civitatis proprium, *d.* §. 1. Theophilo dicitur *τοπικὸν*, *locale*. Tale eſt jus Civile Atticum a Dracone, & Solone Athenienſibus datum, de quo Gellius XI., 18.: tale jus Civile Romanorum, ſeu Quiritium, quod *κατ' ἐξοχὴν jus Civile* appellatur, §. 2. *h. t.*: adeo *omne jus Civile*, *praeter hoc noſtrum*, *inconditum*, *ac ridiculum eſt*, ut verba Ciceronis uſurpem *De Orat.* I., 44. Conſtat autem Romanum jus ex naturali, gentium, & proprio Romanorum jure, uti & Atticum, & quodvis aliud jus proprium cujuſque gentis, quae *Legibus*, *&* (a) *moribus* reguntur, *d.* §. 1.

§. III. uſque ad X. Jam Civile jus eſt aut *ſcriptum*, aut *non ſcriptum*. Jus ſcriptum ſunt Leges ab eo, eiſve conditae, penes quem, quoſve ſumma poteſtas eſt: non ſcriptum ſunt recepti populorum mores. Hinc intelligis, origine ſola diſtare alterum ab altero, neque ad *οὐσίαν* ſeu Legis, ſeu Conſuetudinis quidquam facere, quod aut non ſit haec, aut illa ſit in ſcriptum redacta. Lycurgo ſanctius atque antiquius nihil, quam *ſcriptis Legibus non uti*, cujus rei auctor eſt Plutarchus: & Lacedaemoniorum tamen Leges jus ſcriptum fuere. Neapoli, & vero etiam alibi Conſuetudines ſunt ſcripto comprehenſae, neque ideo tamen jus ſcriptum ſunt. Cum Triboniano juris Romani ſcripti, & non ſcripti origines repetente ab Athenienſium, & Lacedaemoniorum inſtitutis, quae Athenienſes literis, Lacedaemones memoriae mandabant, humaniſſime agam, ſi dixero, id ei aliud agenti excidiſſe. Ejus verba, quae ſunt in §. 10. *h. t.*, aliorſum trahunt nonnulli, ac nominatim Ev. Otto, & Heineccius *Not. ad Vin.* Sed nae illi magno conatu maximas nugas agunt. Nomina illa *ſcripti*, & *non ſcripti* juris ab eo facta, quod Romae fieri aſſolebat. Stante Rep., & Imperatoribus Remp. obtinentibus inſcriptae tabulis Leges, non item mores: neque aliud eae tabulae, quam Legum teſtes. Juris Romani ſcripti partes ſunt *Lex*, *Plebiſcitum*, *Senatuſconſultum*, *Principum Placita*, *Magiſtratuum Edicta*, *Reſponſa Prudentum*, *d.* §. 3., & §. 4. 5. 6. 7. & 8. *h. t.* Omnes e ſumma ſive Populi, ſive Caeſarum poteſtate profectae. Temporibus Democratiae Leges juſſit Populus, idemque perlata L. Horteſia Plebiſcita Legibus exaequavit: exinde Caeſares, ut omnia poſſe primum coeperunt, qua poteſtate Leges ipſi ſanxere, ea & Senatuſconſulta, & Magiſtratuum Edicta, & Reſponſa Prudentum paria Legibus fecerunt. Sed de his omnibus ſatis ſuperque in *Hiſtoria juris*. Eadem *non ſcripti*, quae *ſcripti* juris vis eſt. *Diuturni mores*, inquit Tribonianus §. 9., *conſenſu utentium comprobati Legem imitantur*, h. e. aeque ac Lex, cives tenent, non ſolum, ubi ſcripta Lex deficit, ſed & ubi ſunt contra Legem recepti, *L. de quibus* 32. §. 1., *L.* 33., *L.* 35. *de LL.*, & §. *ult. h. t.*, nam *quid intereſt*, verba ſunt Juliani *d. L.* 32. §. 1., *ſuffragio populus voluntatem ſuam declaret*, *an rebus ipſis*, *& factis?* In *L.* 2. *C. quae ſit longa conſuet.*, quae videtur obſta-

(a) *Vertit Theophilus*, Legibus, aut moribus, *& meo quidem judicio rectius; ſunt enim gentes, quae Legibus: ſunt, quae moribus tantum reguntur. V. Caeſarii locum apud Georgium Phrantzem Chron.* III., 3.

Digitized by Google

obſtare, commentatus ſum aliquid *Obſ. jur. VI.*, 3. Sed populorum mores non aliter valent, quam ſi diuturni ſint. In diuturnitate iſta definienda nimia & miſera eſt quorundam interpretum, maxime antiquorum diligentia. Conſuetudinem *inveteratam* Julianus *d. L.* 52. §. 1., & *annos plurimos* Hermogenianus requirit *d. L.* 35. Similia habent alii, neque ullus uſquam certum ei rei diem dixit. Quid ergo eſt morae, quin id arbitrio jus dicentis permiſſum dicamus arg. *L.* 1. §. 1. *de jur. delib.*, & *L.* 9. *C. de bon. auct. jud.*? Conſenſus utentium non uno, aut duobus factis, ſed factorum *frequentia* explicatur, *L.* 1. *C. quae ſit longa conſuet.* At de factorum numero nihil idem expreſſum eſt. Igitur id quoque detur arbitrio Magiſtratus. Ad haec in ſtatu Monarchico, in quo Princeps jus facit, praeterea nemo, inferri morem, non ignorante, ac ferente diſſimulanter Principe, neceſſe eſt.

§. XI. Maximum autem inter naturale, ſeu gentium jus, & Civile politum diſcrimen eſt. Hoc vel poſterior Lex mutat, *L. ult. de Conſt. Princ.*, vel tacitus illiteratuſque conſenſus Populi: in quem modum Draconis Leges impendio acerbiores Athenis obliteratas, Gellius inquit XI., 28.: illud aeterna Lex eſt. Et vero Civilis juris cauſſa voluntas humana, cujus, ut humanorum omnium, pro vario tempore vaga & mutabilis ratio eſt: cauſſa juris naturalis ſibi ſemper conſtans natura, ſeu, ut Tribonianus ait, Deus ipſe, qui ut ſummus naturae Auctor Leges dedit non ad certa tempora accommodatas, ſed aeternum ſtaturas. At quid illud eſt, quod Ulpianus ſcribit in *L.* 6. *de juſt.*, *& jur.*, juri naturali, vel gentium Civile jus *non per omnia ſervire*, quumque jure communi *aliquid addimus*, vel *detrahimus*, effici jus Civile? Hujus loci explicatio magis ex Seldeni, Grotii, ac Puſendorfii Commentariis de jure naturali, quam ex Juriſconſultorum Libris de jure Civili petenda eſt. Res tamen tota huc redit. Natura aut jubet, aut vetat, aut permittit. Quae jubet, vetatque, proprie dicuntur eſſe juris naturalis: quae permittit καταχρηστικῶς, & quatenus naturali juri contraria non ſunt. Illa nec ſolvi queunt, nec quoquo modo immutari: haec pro tempore variant, praebentque adeo materiam Legibus humanis. Porro ea etiam, quae prioris generis ſunt, nonnullis, qui acutum non cernunt, videri poſſunt per humanas Leges mutari: at vere non jus, ſed res, ſeu materia juris mutatur; in eumque modum humana Lex ſaepe interpretatur naturam. V. Grotium *De jur. bell. I.*, 10.

TITULUS III.

De jure perſonarum.

PR. Tit. Omne jus, quo utimur, vel ad perſonas pertinet, vel ad res, vel ad actiones (*a*). Uſus hac methodo eſt Gajus in *L.* 1. *de ſtat.*

(a) *Habes hactenus Praecepta juris tria, fontes tres juris, objectaque item tria. Romanos Juriſconſultos ternario quaſi Divino numero ſupra modum delectatos, docet Grotius in Fl. ſparſ. ad tit. de O. J. v.* Tripartita.

Digitized by Google

ſtat. hom. (b) : eamque proponit *pr. h. t.* (c) Tribonianus. Vitii neſcio quid in ea deprehenderunt parum negotioſi homines Matthaeus *Diſp. jur. fund.* II., 88., Weſembecius in §. 1. *Inſt. de teſtam.*, Vultejus in *Idea jur. long. p.* 3., ac Leibnitius *De meth. jur. p.* 44. Novam excogitarunt methodum Donellus, & Connanus : ſed de ea judicium anceps. Nos ne pudeat ſequi Tribonianeam quam qui inſtar eſt omnium, Cujacius mire commendat *Obſ. jur.* X[1]., 38. Primo igitur Libro de Perſonis : ſecundo, tertiò, & quarto ad quintum uſque Titulum de Rebus : a ſexto demum quarti Titulo de Actionibus agemus. Quod Titulus hic *de jure perſonarum* reſpondet Titulo *D. de ſtatu hominum*, nonnulli *jus* ſtatum, ſeu conditionem, *perſonas* interpretantur homines. Male. Solo *perſonae* vocabulo ſtatus hominis ſignificatur : neque alia hoc loco ejus vis eſt; quam in ſcena, in qua tot perſonae ſunt, quot partes aguntur. Ergo jus perſonarum eſt jus pro vario hominum ſtatu varium. Status hominis duplex, *naturalis*, qui in omnibus idem, & *adventitius*, qui aut *libertatis* eſt, aut *Civitatis*, aut *familiae*. Pro ſtatu libertatis homines ſunt liberi, vel ſervi, *d. pr.*, & *L.* 3. *eod.* Adſcriptitii, ſeu glebae addicti ad ſervos quam proxime accedunt, *L. ne diutius* 21. *C. de agric. & cenſit.* Statuliberi vero, ſeu qui ſtatutam in tempus, conditionemve libertatem habent, omnino ſervi, *L. ſtatuliberum* 9. *de ſtatulib.* Quos *mediam tenere fortunam* Conſtantinus ajebat in *L.* 7. *C. Th. ad S. C. Claud.*, de iis aliquot in noſtra *Diſſert. De ſervitute ex connubio*.

§. I. Libertas eſt *naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, niſi ſi quid vi, aut jure prohibeatur*. Tribonianus *h.* §. ex Florentino in *L.* 4. *eod.* Natura omnes liberi ; nec liberorum & ſervorum diſcrimen aliunde quam a fortuna. Seneca *Controv. VII.*, 6. Et belle Hotomanus ſervum manumiſſum inquit non novam adquirere, quam ad priſtinam & nativam reſtitui libertatem. Quod autem *jure* nonnulla facere prohibemur, de natura, qua liberi ſumus, nihil decedit; quemadmodum enim rerum noſtrarum domini ſumus ſub Lege, ita liberi ſub Lege ſumus. Lex male affectae naturae vitia emendat; noſque ad integram revocat, quantum poteſt. Ita licentiam cohibet, non libertatem : monſtratque adeo, quae jus laedunt, ea non noſtri arbitrii eſſe, quaſi facere nequamus. Digna ſunt, quae hic adſcribantur, Papiniani verba in *L. filius* 15. *de condit. inſt.*, *Quae facta laedunt pietatem, exiſtimationem, verecundiam noſtram, &, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos poſſe, credendum eſt*. Quod dicitur de *vi*, fortaſſe id ſatius erat omitti; nam vi jus non adimi, inter Philoſophos conſtat. Verum Juriſconſulti libertatem latiſſime accepere ex ſententia Stoicorum, quibus apud Arianum *Epictet.* 4. liber eſt, *qui vivit, ut vult, qui neque cogi, neque prohiberi, neque vi impelli poteſt*: cujus ea conſequutio eſt, liberum neminem, niſi ſapientem, qui aut quod honeſtum eſt, ſua ſponte facit, aut,

ne

(b) *In locum iſtum Gaji v. Duarenum Diſp. I.*, 55.

(c) *Sunt haec in pleriſque Editionibus ad finem Tituli, qui proxime praecit : at initium huic Titulo faciunt in Paraphraſi Theophili, & in Pandectis I*, 5.

ne turpiter faciat, moritur. Cic. *Paradox:* 5. Ita aliud *vis*, aliud *jus*. Ger. Noodtius ad *tit. D. de juſt. & jur.* non aliam in definitione libertatis eſſe vim putat, quam juris: tantique eſſe *vi aut jure*, quanti *jure ac Legibus*: quemadmodum tutelá *vis ac poteſtas* dicitur in L. 1. *de tutel.* Sed probe fallitur. Alia conjunctionis, alia alternationis poteſtas eſt.

§. II. III. & V. Servitus eſt *conſtitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam ſubjicitur*. Trib. §. 2. *h. t.* ex Florentino in *d.* L. 4. §. 1. Τὸ *juris gentium* definiri hic probat eam ſervitutem, quae e captivitate eſt. Et quum bona, tum homines juſto bello adquiri, jus gentium eſt: de quo egregie Grotius De *jur. bell. III*, 6. & 7. In iis, *contra naturam*, natura eſt non jus naturae, ſed originarius hominum ſtatus, a quo ſaepe homines ſive pacto (*d*), ſive poena (*e*) ſalvis naturae Legibus (*f*) longiſſime abduxit. Sequitur in §. 3. *h. t.* ex eodem Florentino *d.* L. 4. §. 2. ſervorum aetymologia a *ſervando*, quod Romanorum Imperatorum mos eſſet captivos non occidere, ſed diſtrahendos ſervare. Idem etymon Donato placuit in *Adelph.* II, 1. *v.* 28. In Libris Juriſconſultorum nominis originatio definitionem rei ut plurimum praeit, L. 1. *de juſt. & jur.*, L. 1. §. & 2. *de pact.* Optima docendi methodus e Stoicis arrepta, quam male Florentinus, ac Tribonianus perverterunt. Sed ad rem. Alii apud Menagium *Amoenit. c.* 39. alias ejus verbi origines confinxerunt, ac nominatim Salmaſius De *uſur. p.* 256., ubi *ridiculam* vocat, quam dedere Juriſconſulti, quod ſolenne Imperatoribus fuerit bello captos ad caeſi alicujus Ducis tumulum immolare: adſertque in exemplum multos ex Phrygibus ad Patrocli tumulum ab Achille mactatos. Sed nae is eſt ridiculus in hac re. Romani vocabuli etymologia ex more Romanorum ducenda. Et moribus Romanorum captivos ſub corona veniſſe, auctor eſt Gellius *VII*, 4.: tantum abeſt, ut fuerint mactati. Patrios iſtos mores ſpectarunt Juriſconſulti, extrarios nihil morati. Teſtem do Pomponium in *d. L.* 239., *Servorum appellatio ex eo fluxit, quod Imperatores NOSTRI captivos vendere ac per hoc ſervare, nec occidere ſolent* (*g*). Ea originatio argumento eſt mihi, Romae ſervorum antiquiſſimos fuiſſe captivos: tum idem nomen ad alia ſervorum genera productum, quamvis parum congrueret etymologia. Jam praeter captivos eſt & duplex ſervorum genus in §. 4. *h. t.*, & *L.* 5. §. 1. *eod.*, alterum eorum, qui ex ancillis noſtris naſcuntur; (hos jure gentium adquirimus jure quodam ſoli, namque uterus, quo concipiuntur, noſter eſt, ſeu *ſervitio ſubjectus*, uti

(d) *Apud multas gentes obtinuit; ut liberi homines de libertate pacti voluntariam ſervitutem ſervirent. Nam idem Romae jus fuit? V. noſtr.* Diſſert. De libertatis venditione apud Romanos.

(e) *In addictis, in ſervis poenae, aliiſve ſimili, & graviore etiam poena damnatis, quum Romae, tum alibi, quis originarium iſtum ſtatum adgnoſcat?*

(f) *V. Grotium* II, 5. 27., *Puſendorfium* De *off. hom.* II, 4., *in eumque Ev. Ottonem, & Huberum* De *jur. Civ.* II, 1. 6.

(g) *Jus idem fuiſſe apud Graecos, a Petro Avellano demonſtratum eſt ocor. reſtit. cap.* 23.

Digitized by Google

uti Tacitus loquitur *Annal.* I, *59.*); alterum eorum, qui, quum majores ſint XX. annis, ad pretium participandum ſeſe venundari patiuntur: de quibus multa in noſtra *Diſſert. De libertatis venditione apud Romanos.*

§. X. Servi conditione non differunt inter ſe. Omnes, quod attinet ad jus Civile, pro nullis ſunt, *L.* 32. *de R. J.*, proinde nec ſtatum habent, *L. hodie* 4. *de cap. minut.* Domeſticis miniſteriis tantum diſtant, de quibus Turnebi, Popmae, ac Pignorii elegantiſſimos Commentarios habemus. Ad miniſteria iſta referendum illud Ariſtotelis *Politic. I*, 4, *Heris herus, ſervoque ſervus eſt prior*: itemque illud Claudiani *in Eutrop. I*, *v.* 29, *Diſcrimina quaedam ſunt famulis, ſplendorque ſuus*: in quem locum v. Barthium. At liberorum conditio non una. Et alii quidem ingenui ſunt, alii libertini, §. 10. *h. t.*, & *L.* 5. *de ſtat. hom.*

TITULUS IV.

De Ingenuis.

PR. Tit. & §. 1. *Ingenuum* Latinis eſt nativum: idque eſt *ingenua indoles* apud Plautum in *Milit. III*, 1. *v.* 38., & *ingenui fontes* apud Lucretium *I*, 230. Hoc ſenſu ingenuus dicitur Juriſconſultis, puta, qui *ſtatim ut natus eſt, liber eſt*, *pr. h. t.*, & *L.* 5. §. 2. *de ſtat. hom.* Gaji locum *Inſt. I*, 1., ubi ingenui definiuntur, qui *ingenui nati ſunt*, interpolavit Arrianus, cujus aevo liberi omnes *ingenui* vocabantur. Cangius in *Gloſſar. v. Ingenuus*. Nec dici quidquam veroſimilius poteſt. Schulting. in eum loc. Eſt autem ad ingenuitatem ſatis ex matre libera naſci. Num mater ingenua, an libertina ſit, ac num liber, an ſervus ſit pater, nihil intereſt. Foetum, ubi de ſtatu agitur, ventrem, ſeu matrem ſequi, Romanorum jus eſt, Conſtitutionibus Imperatorum vetuſtius, uti adverſus Cujacium, & Janum a Coſta Tullii teſtimonio probavi *Obſ. jur. I*, 16. Id favor libertatis induxit; nam ſi patrem foetus ſequeretur, ab uno conceptionis tempore futurus ejus ſtatus penderet. Quod ventrem ſequitur, ſufficit, matrem aut conceptionis tempore, aut tempore partus, aut tempore inter utrumque medio, & quavis vel minima medii ejus temporis particula liberam fuiſſe, ut is liber naſcatur. Ita *placuiſſe* ſcriptum eſt in *d. pr.*, ac *d. L.* 5. §. 2. Verbum *placuit* juris controverſi, ac diſputationis indicium plerumque facit: qua de re in §. 6. *de her. quae ab inteſt. Lib.* III. Quod vero jam inde a Tullio illud certum jus fuit, quid tum veniſſe dixeris in quaeſtionem? V. noſtr. *Obſ. I*, 16. Ad gratiam libertatis acceſſit fortaſſe & ea ratio, quod mater certa ſit, quum ea certe pariat, pater incertus. Juri naturali non ſatis congruere, ut foetus ventrem ſequatur, ſi quo poſſit modo pater cognoſci, Grotius putat II, 5. 29. At vero illa internoſcendi patris ratio ſemper incerta, quum tamen certa ſemper ſit mater. Quod ſi quis liber natus *in ſervitute* fuerit, & poſtea manumiſſus, natalibus ejus non officere manumiſſionem, ſaepiſſime conſtitutum eſt, §. 1. *h. t.*, & *tit. C. de ingenuis manumis.* Ait Tribonianus, *in ſervitute eſſe*, quod non eſt idem, atque eſſe ſervum: uti li-

liberum, Praetoremve eſſe non idem, atque eſſe in libertate, Praetura-ve, *L. quod autem 10. de liberal. cauſ.*: & *L. Barbarius 3. de off Praet.* Eſſe ſervum, liberum, Praetorem juris eſt: in ſervitu e, in libertate, in Praetura eſſe facti eſt, non juris; namque falſam ſervitutem, falſam libertatem, Praeturam falſam jus pro ſervitute, pro libertate, pro Praetura non habet: nec pro manumiſſo, qui non e juſta ſervitute manumiſſus eſt, *pr. tit. ſeq.* Apposite Quintilianus *Inſt. Orat. V*, 10., *Aliud eſt ſervum eſſe, aliud ſervire, qualis eſſe in addictis quaeſtio ſolet. Qui ſervus eſt, ſi manumittatur, fit libertinus, non itidem addictus.* Jure noviſſimo liberi omnes pro ingenuis habentur, *Nov.* 78.

TITULUS V.

De libertinis.

PR. Tit. Temporibus Appii Caeci Cenſoris libertini erant libertorum filii: liberti vero ſervi manumiſſi. Joſepho Caſtilioni diſcrimen iſtud prorſus neganti *Var. lect. c.* 3. Suetonius obſtat in *Claud. c.* 24.: Lambino in *Horat. Sat. VI*, 8. affirmanti, ad Imperatores uſque perſtitiſſe, obſtat Imperio antiquior Plautus in *Milit. IV*, 1. *v.* 16., ubi quae liberta eſt, dicitur *libertina*. De hac re in utramque partem latius diſputant Sigonius *De jure civ. Rom.* I, 6., & Roſinus. *Antiqu.* I, 20. Nunc diſtant hoc uno, quod libertini ad ingenuos, liberti ad patronos referantur. Manumiſſio autem eſt *de manu miſſio, id eſt, datio libertatis*, uti recte iſſime Florentinus Liber in *L. 4. de juſt. & jur.*, ubi *manus* poteſtas eſt; continuo enim ſequitur, *nam quamdiu quis in ſervitute eſt, manui & (a) poteſtati ſuppoſitus eſt*. Quod viſum nonnullis, manumiſſionis vocabulum eſſe e veteri ritu ſervum manu captum, circumactumque emittendi de manu, haud probo; ita enim non omnis manumiſſio, ſed unus certuſque manumittendi modus definiretur. Jam manumiſſionis origo ex jure gentium eſt, unde jam antea ſervitus profecta, *d. L.* 4. Sed omnis manumiſſio eſt juris gentium, cujus eſt donare: at vero eſt aliqua ſervitus juris Civilis.

§. I. II. & III. Romae ad Servium uſque manumiſſione libertas data, non item Civitas. Eodem jure uſi Athenienſes, qui proinde manumiſſos dixere *nothos*, quod ſine Civitate vix juſta libertas eſſet, ac ſi qua apud eos edita in contrarium exempla, ea ſumma aliqua & publica cauſſa extorſit. Potter. *Archaeolog.* I, 10. At vero Servius priſtinae conditionis ſuae memor (fuerat is libertinus) manumiſſos Civitate donaſſe dicitur Halicarnaſſeo IV, *p.* 227., deſcribendos tamen, uti Livii Epitomator ait *c.* 20., in Tribus urbanas, quibus tanto honoratiores ruſticae, ut ex his in illas detrudi probro duceretur. Plin. *Hiſt.* XVIII, 3. Servianum jus ad aetatem Auguſti retentum Romae, perque id tempus legitima ac ſolennis manumittendi ratio triplex, Cenſus, Vindicta, Teſtamentum. *Si neque cenſu*, verba ſunt e Topicis Tullii, *neque vindicta, neque teſta-*

(a) Et eo loco ſonat id eſt, *ut in L. 1. de praeſcr. verb.*

Digitized by Google

teſtamento liber factus eſt, non eſt liber: quae argumentatio e partium enumeratione nullos alios Romae fuiſſe libertatis dandae modos probat: nam qui inter amicos, aliiſve naturalibus modis manumittebantur, ii potius *domini voluntate in libertate morari*, ac *ſerviendi metu dimitti*, quam liberi fieri dicebantur, & vere *manebant ſervi*, niſi quod domino ſervire eos cogenti obſtabat pro ſua aequitate Praetor: quae omnia ſunt in *Fragmento* veteris cujuſdam Juriſconſulti, quod primum Pithoeus edidit ſub finem *Collationis LL. Moſaic.*, & noviſſime A. Schultingius *in Juriſpr. Antejuſt.* Manumiſſionis per cenſum auctor fortaſſe Servius; quem ipſe cenſus certe habet auctorem. Cenſum profiteri proprium civis Romani. Si quis igitur ſervum ſuum inter Cives Romanos profiteri cenſum jubebat, hunc ille liberum faciebat & Civem. Sed *luſtralem* cenſum meminit Ulpianus *Fragm.* I, 1. 8., quod condi luſtrum oporteret, ante quod tempus domino mutare factum licebat. Num vero dies cenſus ad diem luſtri deſcenderet, an luſtrum recurreret ad diem cenſus, diſputatum video apud Tullium *De orat.* I, 40.: quem locum ex veteribus membranis reſtituit Jac. Cujacius *Obſ.* XVII. 20., ubi retrotractum luſtri diem mavult. Vindicta erat virgula (*feſtucam* dixere Plautus in *Milit.* IV, 1. *v.* 15., & Perſius *V*, *v.* 175,) quae ſervi manumittendi capiti imponebatur. Boëth. in *Topic. Cic.* Vel a vindicando, vel, quod malle videtur Livius II, 2., a Vindice, ſeu Vindicio Vitelliorum ſervo, qui facto conjurationis de Tarquiniis in Urbem revocandis indicio ea feſtuca fuit liberatus, tractum vindictae nomen: & forte ritus ipſe tum primum ad facti celebritatem inſtitutus: quantum conjicio ex eo Claudiani De *Honor. Conſul. IV*, *v.* 616., *Deductum Vindice morem Lex celebrat.* Et Romae apud Conſulem, Praetoremve (*L.* 1., & *L. ſi rogatus* 20. §. 4. *de manumiſ. vind.*) in Provinciis apud Praeſidem, Proconſulem, Legatum Caeſaris, Praefectumve Aegypti (*L.* 2. *de off. Praeſ.*, *L. non eſt* 7., & *L. apud* 21. *de manumiſ. vind.*) in municipiis apud Magiſtratus municipales, penes quos *hujuſmodi jus*, h. e. actio legis eſſet (*L.* 4. *C. eod.*) dominus ſervi caput, aliudve membrum tenens, *Hunc hominem*, ajebat, *liberum eſſe volo* (Feſtus *v. manumitti*): tum Magiſtratus capiti ſervi virgam imponens, eaque caput pulſans, quod Perſii Scholiaſtes addit in *Sat. V*, *v.* 88., *Ajo, te liberum jure Quiritium*, ut ex antiquiſſimo verborum juris Interprete Oiſelius in *Gajum* loc. cit.: ad haec lictorem, ſi adſtaret, compellans, *Secundum ſuam cauſſam, ſicuti dixi, ecce tibi vindicta*: quo pertinent notae ille apud Probum in *Actionib.*, S. S. C. S. D. E. T. V. Nunc intelligis *ſolennia* manumiſſionis *verba* in *L. manumiſſio* 23. *de manumiſ. vind.* Lictorem quoque virga in manum ſumta ſervi caput pulſaſſe, veriſimile eſt (*b*). Poſtremo ſervum alapa percuſſum, quo *in civem ruberent genae*, uti loquitur Claudianus *v.* 619., actum-

(b) *Impoſitam a lictore, non a Magiſtratu vindictam; Boethius ſcribit. Sed obloquitur Perſii Scholiaſtes. Placet, quod ſuſpicatur Janus a Coſta, ſpectaſſe Boethium ad noviſſima tempora, de quibus Hermogenianus d. L. 23. in hunc modum*, Manumiſſio per lictores hodie, domino tacente, expediri ſolet.

actumque in gyrum, Perſio teſte *Sat. V*, *v.* 28., ut quo vellet, abire eum poſſe intelligeretur, dominus e manu emittebat. Haec multis illuſtrant Cujacius *Obſ. V*, 13., & *XIV*, 27., Merillius *Obſ.* III, 3., & VII. 14., Raevardus *Var. IV*, 9., & Wilhelm a Loon *De manum*. De lictore dixi, *ſi adſtaret*; non erat enim opus praeſentem adeſſe, *L. ego* 8. *eod.* Quod manumiſſio iſta actio Legis eſſet, neceſſaria erat praeſentia Magiſtratus: hunc vero pro Tribunali manumittere, nihil erat neceſſe: ac plerumque in tranſitu, quum aut lavandi (*c*), aut geſtandi, aut ludorum gratia prodiret, manumitti ſolebant ſervi, §. 2. *h. t.*, & *d. L.* 7. *eod.*: ac num faſtus, an nefaſtus dies eſſet, intererat prorſus nihil, *L.* 1. *C. de fer.* (*d*): quod idem de emancipatione, quae ad manumiſſionem proxime accedebat, Paulus ſcribit *Sent.* II, 25. 3.; expediendis enim iis, quae voluntariae juriſdictionis dicuntur, nulla locorum, dierumve obſervatio eſt. Teſtamento ſervos manumitti tam vetus Romae jus eſt, quam jus ipſius teſtamenti, quod non adſcititium jus fuit, ſed prope cum Urbe natum, conjectumque dein in XII. Tabulas. Hinc quo earum Tab. Capite cautum fuit, ut cuique ſuper re ſua legandi poteſtas eſſet, ex eo ipſo Capite jus manumittendorum ſervorum repetiere Ulpianus *Fragm. I*, 9. & Pomponius in *L. verbis* 120. *de V. S.* Dari autem teſtamento libertas poteſt aut directis verbis, qualia ſunt *Servus liber eſto*; *Servum liberum eſſe jubeo*, aut verbis fideicommiſſi, qualia ſunt, *Rogo*, vel *fidei committo heredis mei, ut ſervum manumittat*, ut ex *tit. D. de manumiſſ. teſt.*, itemque *ex tit. de fideic. libert.* Poſteriore hoc caſu manumiſſi ſervi heredis liberti ſunt: priore illo nullius: & Ulpiano *Fragm.* II. 8. *orcini*, Theophilo in §. 2. *Inſt. de ſing. reb. per fideic.* dicuntur χαρωνιανοὶ, quaſi Orci, & Charontis liberti. Obſoleverat aevo Ulpiani manumiſſio per cenſum, unde is, *Cenſu*, inquit, *manumittebantur olim*: neque uſque ad tempora Conſtantini aliter quam aut vindicta, aut teſtamento Romana libertas data. Primus Conſtantinus tertium legitimum manumittendi modum addidit *in Eccleſia*. Sozomen. *Hiſt.* I, 9. Conſtantinea Conſtitutio, qua ea manumiſſio primum introducta, nunc non extat: extant vero duae ejuſdem Conſtitutiones de eadem re in *L.* 1. & 2. *C. de his, qui in Eccl. man.* In *L.* 1., quae ritum exponit, ita ſcriptum eſt, *Jamdudum placuit* (Nobis), *ut in Eccleſia catholica libertatem domini ſuis famulis praeſtare poſſint, ſi ſub adſpectu plebis adſiſtentibus Chriſtianorum Antiſtitibus id faciant, & propter facti memoriam vice actorum interponatur qualiſcumque ſcriptura* (*e*), *in qua ipſi vice teſtium ſignent*. Tò *catholica* in *d. L.* 1., & verba *in Eccleſiae gremio*, quae ſunt in *d. L.* 2., Conſtantinum

(*c*) *Magiſtratus, & primores Civitatis licet domeſtica haberent balnea, ad publica tamen ſaepe adibant.* Gell. X, 3., Spartian. in Hadrian. *c.* 17.

(*d*) *Aliud jus fuit temporibus Varronis, qui per dies nefaſtos a Praetore manumiſſum liberum eſſe, ſed vitio, inquit de L. L. V*, 4.

(*e*) *Hinc manumiſſio in Eccleſia per chartam, ſeu* tabulam *fieri dicitur in Leg. Ripuar. tit.* 58.: *eoque modo manumiſſi in Capitularibus Caroli M. cap.* 208. Chartularii, *ac* tabularii *dicuntur*. *Cujac. Obſ. IV.*, 5. *Dixi de hac re in Inſt. Canonic.* I, 3.

Digitized by Google

tinum *Eccleſiam* dixiſſe probant non aedem ſacram, ſed coetum ipſum fidelium, ſeu *plebem Sacerdoti adunotam, & gregem paſtori ſuo adhaerentem*, uti Eccleſiam Cyprianus definit *Ep.* 66. Jac. Gothofredum ſecus opinantem ſolide reſutavit Ev. Otto *Praef. ad tom.* 2. *Theſ. p.* 4. & *ſeqq*. Procedente tempore Eccleſia pro ipſo Chriſtianorum Templo accepta eſt: namque in §. 1. *h. t.* fieri manumiſſio dicitur *in ſacroſanctis Eccleſiis*, & in *L.* 2. *comm. de manumiſ.*, quae Juſtiniani eſt, *ſive in Eccleſia, ſive in aede ſacra*: quo tamen loco τὸ *ſive in aede ſacra* nonnullis interpretamentum videtur, quod tandem irrepſit in textum. Manumiſſionis in Eccleſia mentio eſt in Gaji *Inſtit.* I, 1. 1. Quod vero is longa aetate Conſtantinum praeceſſit, meminiſſe eum *Cenſus*, uti meminerat Ulpianus; Anianum autem, qui ſub Gothis ad eas Inſtitutiones manum ad novit, ſubſtituiſſe, ut ſui temporis ratio ferebat, manumiſſionem in Eccleſia, ne ambigas. Samuel Petitus, qui *ad LL. Att. p.* 234. Gajum putat *Eccleſiam* dixiſſe pro paucorum virorum, judicumque conſilio, inſolentiſſimam vocabulo illi ſignificationem adfingit. Accedit, quod longe alia ſit apud Conſilium manumiſſio, qua de re *tit. ſeq.* Primum Lege Ælia Sentia ſub Auguſto ſervis ob ſcelus publice caeſis (*f*), vinctis, tortis, confeſſisque (*g*), aliqua non delebili nota in facie, aliave corporis parte compunctis (*h*), ad ferrum, ſeu ad ludum gladiatorium damnatis, aut in cuſtodiam, ſeu in publicum carcerem (*i*) datis negata Civitas, quocumque modo manumitterentur, ne ea talium libertinorum colluvie foedaretur: cautumque, ut manumiſſi non meliores eſſent populis dedititiis, quibus nulla

(f) *Romae ſervi, ſi quid etiam leve admiſiſſent, flagellis caeſi dominis reſtituebantur ſub poena vinculorum. Paul. Sent. V*, 4. 22., & 18. 1.

(g) Τὸ confeſſis *momentoſum eſt. Non confeſſis ad juſtam libertatem patebat aditus. Paul. Sent. IV*, 12. 3. *Ulp. Fragm.* I, 11.

(h) *Fugitivorum ſeu fronti, ſeu manibus* igne, aut ferro, *ut Gajus habet Inſt.* I, 1. 3., *h. e.*, ardenti ferro, *ut Juvenalis inquit Sat. XIV*, *v.* 22. *quod καυτῆρα Graeci vocant, inuſta olim ſtigmata, quo dein ſuo ſe proderent titulo. Auſon. Epigr.* 15., *Petron. in Satyric. Claudian in Eutrop.* II, *v.* 345. *Fuere ea ut plurimum literae, fortaſſe hae* F. H. E., fugitivus hic eſt: *quibus notae nominum dominorum additae: unde* literatus *ſervus apud Plautum Caſin.*, II. 6. *v.* 49., & notum fugitivorum epigramma *apud Petronium*: *fuere etiam interdum cicatrices*, *L.* 1. §. *ult. de fugitiv. Non omnes tamen notas feciſſe dedititios, ajo; ſed eas tantum, quae deleri non poſſent: idque me Gajus monet d.* §. 3., *in quem locum Aleander ſtigmata quaedam potuiſſe aut ſpongia, aut medicamento deleri, docet. De ſervis ſtigmaticis, ſeu literatis videndi Fornerius Rer. quot.* VI, 25., *Popma De operis ſerv.*, & *Joh. Nicolai De ſigl. veter.* I, 25. *Primus Conſtantinus in L. ſi quis* 17. *C. de poen. notari faciem vetuit. Factum inde, ut collariis, ſeu laminis inde pendentibus, de quibus Sponius Miſcell. p.* 300. & *ſeq.*, *epigrammata iſta coeperint inſcribi.*

(i) *Privatus carcer (id genus carceres Romae olim non rari) dedititium non fecit, niſi adhibitis corpori vinculis: quod ex L. verum* 216. *de V. S. adnotat Cujacius in Ulp. Fragm.* I, 11.

nulla Civitatis reliqua ſpes erat. Hinc nomen libertini *dedititii* qui libertatis Romanae aeternum exſpes, cujuſque libertas vanum nomen. Dio Caſſius LV, *p.* 556., Ulp. *Fragm.* I, 11., Gajus *Inſt.* I, 1. 3. & 4., Juſtinianus in *L. un. C. de dedit. libert. toll.* Venio ad minus legitimos manumittendi modos: quales in §. 1. *h. t.* ſunt *inter amicos*, & *per epiſtolam*. Tertium Gajus addit §. 2. *per convivium*. Servos cum dominis accumbere, Romae nefas: iique non in lectis, ſed in imis ſubſellis accepti. Plaut. *Stich.* III, 4. *v.* 32., & *V.*, 4. 21. Si quem igitur ſervum accumbere dominus jubebat, eum facto ipſo manumittere videbatur. V. Forner. *Select.* III, 13. (*k*). Cujus conditionis fuerint iis modis manumiſſi, jam modo tradidi ex Anonymi Fragmento. At eorum jus auctum ſub Tiberio; anno enim U. DCCLXXI. M. Junio Silano, & L. Julio Norbano Balbo Coſs. Lex Junia Norbana dedit eis jura Latinorum: unde *Latini Juniani* dicti ſunt, (Ulp. *Frag. XIX*, 4.) Latinorumque exemplo jus Quiritium conſequi poterant certis modis. Gajus *d.* §. 2. & 4. Eos modos idem Ulpianus recenſet III, 1. *beneficium Principale*, *liberos*, *iterationem*, h. e., novam manumiſſionem legitimam, *militiam*, *navim*, *aedificium*, *piſtrinum*, & *Senatuſconſultum*, veluti ſi Latina *ter eſſet enixa*: quibus accedat alius ex L. 1. *C. Th. de rapt. virg.* Rationem nominis attigi, ſed & enucleatius tradam, Juſtinianus in *L. un. pr. de Lat. lib. toll.* Latinos libertos videri ſibi introductos ſcripſit *ad ſimilitudinem antiquae Latinitatis, quae in Colonias miſſa eſt*. Aliquanto luculentius Auctor Fragmenti, quod modo laudavi, §. 8. ſcripſerat, L. Juniam *exaequaſſe eas Latinis Colonariis, qui quum eſſent Cives Romani, nomen ſuum in Coloniam dederant* (*l*). Quantum hinc patet, Latini Colonarii erant Cives Romani deducti in Colonias Latinas, puta eas, quae jus quidem Latii, non Quiritium haberent. Romanos Cives fuiſſe, profectoſque in eas Colonias aut ſua voluntate, aut Legis mulcta, demum ea deductione Romanam Civitatem amiſiſſe, patet illuſtri Ciceronis loco *pro Caecin. c.* 33.: *Certe quaeri hoc ſolere, me non praeterit, quemadmodum, ſi Civitas adimi non poſſet; in Colonias Latinas ſaepe Cives noſtri profecti ſint. Aut ſua voluntate, aut Legis mulcta profecti ſunt: quam mulctam ſi ſufferre voluiſſent, tum manere in Civitate potuiſſent*. Fuiſſe jus Latii longe deterius jure Civium Romanorum, protrita res eſt. Exploratum quoque eſt viris antiquitates bene doctis, Latinos non libertatem Civium Romanorum, quae quam late pateret, Sigonius explicat *d. c.* 6., non jus connubii cum Civibus Romanis, non patriam poteſtatem, non faciendi teſtamenti, capiens

(*k*) *Fuere & alii complures Latinae libertatis dandae modi, de quibus Merillius Obſ.* VII, 14.: *unde eam quaſi per ſatyram inductam, inquit Juſtinianus in d. L. un. pr. Labeonem Antiſtii Labeonis Juriſconſulti patrem, qui moriturus ſervum non praeſente Magiſtratu in gyrum egit, minus juſtam libertatem dediſſe, belle conjicit Merillius ibid.*

(*l*) *Ita e Graeco vertendum, non ut vulgo*, qui tunc erant Cives Romanorum, & nomen ſuum in Civitatem dederant. *Fragmentum illud ſive Gaji, ſive Ulpiani Graece olim eſt redditum, & quale nunc extat, de Graeco verſum eſt in Latinum J. Gothofr. in Biblioth. jur.* II, 4.

Digitized by Google

piendive ex teſtamento jus, niſi certa quadam lege, habuiſſe: at habuiſſe tamen jus mancipationum, teſtis eſt Ulpianus *Fragm. XIX*, 4.: ut non ſit ferendus Sigonius id prope inficiatus *De Antiq. Jur. Ital.* II, 3. Quae Latinorum Colonariorum, eadem Latinorum libertinorum conditio fuit: proinde aeque cum his illi poterant & familiae emtores, & libripendes, & teſtes eſſe, & capere fideicommiſſa, licet legata non poſſent, heredeſque ſcribi, & eſſe, ſi intra diem cretionis Cives Romani fierent: quum tamen dedititii commercium non haberent, neque ulla cum eis eſſet factio teſtamenti. Ulpianus *XX*, 2. 3. & 8., & *XXV*, 7. Habes conditionem *antiquae Latinitatis*: at confecto tandem bello ſociali Latinis Julia Lex dedit Civitatem, quae dici *nova Latinitas* poteſt: quo factum reor, ut antiquae illi Latinitati libertinos Latinos ſimiles fecerit Juſtinianus. Acceſſit & ea ſimilitudinis ratio, quod antiqui illi Latini certis modis, de quibus accuratiſſime Sigonius *De antiq. jur. Ital.* III, 1. Romanam conſequi Civitatem poſſent, ut tum potuere libertini Latini. Ecce igitur tibi triplex libertorum genus, Romanorum, Dedititiorum, Latinorum. Juſtinianus primum dedititiam, deinde Latinam ſuſtulit libertatem, ac libertinos omnes quacunque manumiſſione fieri Cives juſſit, *tit. C. de dedit. lib. toll.*, ac *tit. C. de Lat. lib. toll.*; namque Antonini Caracallae Conſtitutio in *L. in orbe* 17. *de ſtat. hom* (m), quae omnibus, qui in orbe Romano erant, jura Civitatis indulſit, ingenuos ſpectavit, non libertinos. Spanhem. *Orb. Rom. II*, 5. Eundem Juſtinianum vias, quae ad Latinitatem ducebant, *quibuſdam adjectionibus* ad Civitatem ſtraviſſe, inquit Tribonianus *de ſucceſſ. libert.* §. 4. *Inſt. Lib. III.* Adjectiones hae ſunt. Manumiſſione inter amicos, ac per epiſtolam liberti Latini fiebant: ſed nec de amicorum numero, nec de epiſtolae ſubſcriptione cautum quidquam: at nova Juſtiniani Conſtitutione manumiſſi inter amicos, & per epiſtolam Romani Cives fiunt; ſed inter amicos manumittere eſt coram amicis ſaltem quinque tamquam teſtibus ſervum ſine ſcripto liberum eſſe jubere: per epiſtolam vero eſt idem profiteri ſcripto, cui dominus ac teſtes quinque ſubſcribant, *L. un.* §. 1. & 2. *C. de Lat. lib. toll.*

TITULUS VI.

Qui, & quibus ex cauſſis manumittere non poſſunt:

PR. Tit. §. I. II. & III. Explicatur h. t. L. Ælia Sentia ſub Auguſto lata an. V. DCCLVII. Sexto Ælio Cato (a), & Gajo Sentio Saturnino Coſſ. Ejus Capita facit omnino VI. A. Auguſtinus *De nom. propr. Pand.*, XV. Heineccius in *Antiqu.*; verum quid ex ipſa Lege ſit, quidve ei acceſſerit ex Senatuſconſultis, internoſci vix poteſt. Cujac. *Obſ. XV*, 13.

(m) *Eſt, qui eam Hadriano: eſt, qui eam M. Antonino adſcribat. Juſtinianus eam adſcripſit Antonino Pio in Nov.* 78. *c.* 5. *Erraſſe omnes, Spanhemius evicit in Orb. Rom.*

(a) *Cognomen illud ex antiquis monumentis reſtituit Henr. Noris Cenot. Piſ. III*, 9.

Digitized by Google

13. Duo tantum proponit Tribonianus. Uno cautum creditoribus, quibus manumittendo ſaepe fiebat fraus. Tacit. *Annal. XV*, 55. Igitur qui in fraudem creditorum manumittit, nihil agit, impediente L. Ælia Sentia libertatem, *pr. h. t.*: nec quidquam refert, num teſtamento manumittat, an vivus, *L. quum hereditas* 5. *pr.* §. 1. & 2. *qui & a quibus manumiſ.*; facta enim quoquo modo creditoribus fraus ea Lege vindicatur (*b*). Non moveor, quod permiſſum debitori ſit bona in fraudem alienare, *tit. D. quae in fraud. credit.*; nam praeſto creditoribus eſt Pauliana actio, qua revocent alienata, *L.* 1. *D. eod.*; at libertatis eſt proprium, ſemel datam non revocari, §. 6. *h. t.*, & *L. ſi ex cauſſa* 9. §. *ult.*, & *L. ſeq. de min.* Manumittere in fraudem dicitur, qui vel eo tempore, quo manumittit, ſolvendo non eſt, vel datis libertatibus deſiturus eſt ſolvendo eſſe, §. 3. *h. t.*, & *L. in fraudem* 10. *qui & a quib. man.* Num ſolo creditorum damno impediretur libertas, an fraudulento etiam manumiſſoris conſilio opus eſſet, quaeſitum vulgo putant. Quaeſtionis indicio eſt verbum *praevalere*, quo utitur Tribonianus *d.* §. 3., *Praevaluiſſe tamen videtur, niſi animum quoque fraudandi manumiſſor habuerit, impediri libertatem*. In hac opinione Julianum, & Ulpianum fuiſſe, in contraria Gajum, probat Ev. Otto ex *L. ſi quis* 15. *quae in fraud. cred.*, *L.* 1, *de ſtatulib.*, & *d. L.* 10. Ego & nihil controverſi in iis *LL.* deprehendo, & ſcriptum reperio apud Imp. Alexandrum in *L.* 1. *C. qui man. non poſſ.*, *certum jus eſſe, ad impediendas libertates concurrere damnum, & conſilium debere*. V. noſtr. *Obſ. jur. IV*, 7. Uno caſu manumitti ſervum, Lex patitur, ſi dominus, cui nemo alius eſt heres, vel quod nemo alius ſit ſcriptus, vel quod alia de cauſſa nemo alius extiterit heres, ſervum ſuum ſive liberum, & heredem, ſive omiſſa libertate heredem ſcribat, §. 1. & 2. *h. t.* Ita pluris, quam utilitas creditorum, apud Romanos fuit fama defuncti, cujus nomine bona auctione diſtrahi, turpiſſimum. Cic. *pro Quint. c.* 15. Quoniam vero ſervus neceſſarius eſt heres, hujus nomine veneunt bona, & parcitur famae teſtatoris. Quod dixi de ſervo omiſſa libertate herede ſcripto, id *nova humanitatis ratione* conſtitutum a Juſtiniano, inquit Tribonianus *d.* §. 2.: quod quid ſit, *Lib. II.* exponetur in *pr. tit. de her. inſt.*

§. IV. V. & VI. Altero L. Æliae Sentiae Capite occurſum eſt captioſis vernarum, & veteranorum blanditiis; ſaepe enim illi amores dominorum, adoleſcentum adjuvantes libertatem eo nomine eblandiebantur: ſuntque exempla aliquot apud Plautum. Æquum autem rata Lex Ælia Sentia eſt, *non deliciis*, ſed *juſtis affectionibus* juſtam dare libertatem, *L. illud* 16. *de manumiſ. vind.* Igitur ea Lege *domino minori XX. annis non aliter manumittere permittitur, quam ſi vindicta, apud Conſilium juſta cauſſa manumiſſionis probata, fuerint manumiſſi*. Quidam ex auctoritate Theophili expungunt τὸ *vindicta*, leguntque ex veterum exemplarium fide, *quam ſi, dicta apud Conſilium juſta cauſſa manumiſſionis, approbata fuerit manumiſſio*. At minorem manumittere non alias potuiſſe, quam vindicta, elici mihi videtur

(b) *De Taciti loco Annal. XV*, 55. *v. noſtr. jur. Obſ. IV*, 12.

Digitized by Google

detur poſſe quum ex *tit. C. De vindicta*, & *apud Conſilium manumiſſione*: tum ex eo, quod ſub *tit. D. De manumiſſis vindicta* alterum hoc L. Æliae Sentiae Caput explicetur. In Conſilium Romae adhibebantur Senatores V., totidemque Equites Romani (hos fuiſſe *Decemviros ſtlitibus judicandis*, opinio eſt Raevardi *Protrib. c.* 18. & 19., ac Noodtii *De juriſdict. I*, 12.) in Provincia XX. Recuperatores Cives Romani. Ulp. *Fragm. I.* 13. Non obſtat, quod Recuperatores iſtos Theophilus vocet *peregrinos*, namque ut ſaepe *peregrini* dicuntur non Cives, interdum tamen *peregrini* Latinis ſunt, qui jus dicunt inter non Cives: quo ſenſu Praetor *peregrinus*, & Recuperatores *peregrini* appellantur. Conſilio praeerant Romae Conſul, aut Praetor, in Provincia Praeſes, qui quum Senatores, Equites, Recuperatores ad probandas cauſſas advocabant, *praebere conſilium* dicebantur, *L. un. pr. de off. Conſ.*, *L. an apud* 5. *de manumiſ. vind.* De his multo plura Raevardus *Protrib. c.* 12. 13. 14. & 15., quem tamen in nonnullis falſum probat noſtra *Diſſert. De ſervi apud Conſilium manumiſſione*. In probandis cauſſis id meminiſſe judices oportet, Ulpianus ajebat *d. L. illud* 16., ut non ex luxuria, ſed ex juſtis affectionibus deſcendentes cauſſas, probarent. Juſtae autem affectiones erant, ſi manumitteretur, qui vitae, infamiaeve periculo dominum liberaſſet: aut ſi manumitteretur cognatus, collactaneus (qui in Juvenalis *Sat. VI*, *v*, 306. ex vet. MS., & in antiquis titulis apud Gruter. *DLXXXV*, 8., & *DCLXI*. 5. *collacteus*, & *collactius* etiam vocatur) educator, paedagogus, h. e., qui diligentia ſua dominum reddidit meliorem, uti eſt in *L. Aquilius* 27. *de donat.*, filiuſve cujus eorum: aut ſi manumitteretur alumnus, puta, quem dominus expoſitum ſuſceperat, atque enutriverat, capſarius, i. e. qui libros portabat: aut ſi quis non minor annis XVIII. (c) in hoc manumitteretur, ut procurator eſſet, ſubaudi, ad lites, nam negotia procurare poterant ſervi, uti rectiſſime Cujac. *Obſ. XXI*, 16.: aut ſi ancilla manumitteretur matrimonii cauſſa, h. e. ut duceretur uxor: quod fuiſſe apud Romanos non rarum, oſtendit τὸ *Patronus*, & *conjux* haud infrequens in antiquis monumentis, de quibus v. Forner. *Select. III*, 13., & Fabret. *Inſcr. IV*, *p.* 289., dum tamen juraret dominus, eam ſe intra ſex menſes ducturum: quod, ne obtendi ea cauſſa poſſet, L. Æliae Sentiae adjectum eſt Senatusconſulto. Poterat autem interea juſta aliqua cauſſa nuptias vetare. Innuit id Ulpianus in L. *ſi rogatus* 20. §. 2. *de man. vind.*, *Matrimonii cauſſa manumittere ſi quis velit, & is ſit, qui non indigne hujuſmodi conditionis uxorem ſortiturus ſit; erit ei concedendum*: cujus loci non aliunde eſt petenda explicatio, quam ex L. Julia, quae Senatorem ducere libertinam prohibebat, *L. Lege* 44. *pr. de rit. nupt.* Atque hae ſunt praecipuae manumiſſionum cauſſae, quas recenſent Tribonianus §. 5. *h. t.*, Marcianus in L. *juſta* 9., & Ulpianus in LL. 11. 12.

(c) *Ulp. in L.* 13. *de man. vind. inquit*, non minor annis XVIII. *Tribonianus vero in* §. 5. *h. t.*, non minor XVII. annis, *Pulcre Cujacius non minorem annis XVIII. in d. L.* 13. *interpretatur eum, qui annum attigit decimumoctavum: non minorem XVII. annis in d.* §. 5., *qui decimumſeptimum exegit*.

12, 13. & 20. *de man. vind.* Sunt & aliae in L. 15., ubi longum eſſe omnes exequi Paulus addit, quum multa incidere merita poſſent, quibus honeſtum eſſet libertatem cum decreto praeſtare. Falſa autem cauſſa ſemel probata & recepta non revocabatur, §. 6. *h. t.*: quod a Divo Pio reſcriptum, refert Marcianus *d.* L. 9. §. 1.

§. VII. Prius L. Æliae Sentiae Caput Juſtinianus probavit, non item poſterius, abſurdum ratus, dominum vix decimoquarto anno majorem poſſe de re ſua univerſa teſtamento cavere, ſervum vero manumittere niſi viceſimo majorem non poſſe. Dedit igitur, quaſi mediam tenens viam, cuique domino annos XVII. jam nato liberam manumittendi facultatem, §. *ult. h. t.*: extra quem locum, ſi Juſtinianeam Conſtitutionem quaeſieris, operam perdes: niſi eam velis cum Charónda Graece ſcriptam petere ex *Lib.* 45. *Baſilic.* Sed mox idem Juſtinianus cuivis puberi liberam teſtamento manumittendi copiam fecit, *Nov.* 119. *c.* 2. Reprehendunt quidem nonnulli eo nomine Juſtinianum, & fortaſſe non injuria; ſed ita tamen ſcripta Lex eſt.

TITULUS VII.

De Lege Fuſia (a) Caninia tollenda.

ÆVo etiam Auguſti lata eſt Romae L. Fuſia Caninia an. U. DCCLI. P. Fuſio Camillo, & C. Caninio Gallo Coſs. Raevardum, qui *Conject. II*, 1. eam multo antiquiorem facit; lapſum in ea re oſtendi *Obſ. jur. IV*, 6. Cauſſam Legi dedit effuſa in manumittendis teſtamento ſervis Romanorum largitas; illi enim, ut cum magno pileatorum (b) comitatu duceretur funus, nomenque eorum laudibus efferretur, immanes peſſimorum etiam ſervorum greges manumittebant. Halic. *IV. p.*228. In tanta Romani nominis labe Caninia Lex juſſit teſtamento manumitti ex III. ſervis non plures, quam duos: & uſque ad X. non plures dimidia eorum parte: uſque ad XXX. non plures parte tertia: uſque ad C. non plures quarta parte: uſque ad D. non plures parte quinta: ac demum ex quovis ingenti ſervorum numero non plures quam centum. Gajus *Inſt.* I, 2. *pr.*, Paul. *Sent. IV*, 14. 4., Ulp. *Fragm.* I, 20. Teſtamenti mentio facta eſt in ea Lege. Inter vivos, niſi aliae Leges obſtarent, liberum cuique erat vel totam familiam manumittere, licet ex XX. ſervorum millibus conſtaret, ex quanto ſervorum numero aliquot conſtitiſſe familias, teſtata res eſt. Senec. *De tranquil. anim. c.* 8., Athen. *Deipnoſoph. Lib.* 6. Quod plerumque homines ſui commodi gratia minus ſunt inter vivos, quam in ſupremis tabulis largi, qua de re belle Seneca *De ben. IV.*, 22., & Tacitus *Hiſt.* II., 48.; ſatis habitum teſtamentariae liberali-

(a) *Ulpianus Fragm.* I, 24, *ac Theophilus* Furiam, *Florentinus Liber in epigraphe L.* 37. *de cond. & dem.*, *ac L.* 215. *de U S.* Furium: *quaedam A. Contii, & Raevardi MS. exemplaria* Fuſium *dicunt. Literarum R. & S, itemque F & S frequens commutatio fuit in Libris Latinorum.*

(b) *Pileus in antiquis numis libertatis inſigne.*

Digitized by Google

nere, caedis crimine teneri. Sueton. *in Claud. c.* 25. Lege Petronia (*a*) a Petronio Turpilliano Conſule lata an. U. DCCCXIII. cautum, ne ſervos domini arbitratu ſuo traderent ad beſtias depugnandas, L. *circumcidere* 11. §. 2. *ad L. Cornel. de ſicar.* Saepe ſervos ad ludum comparatos, habes ex Livio XXXVIII, 11., & Lactantio *VI*, 12. Conſtitutione Domitiani ſervos evirare dominis capital fuit, Martial. *Ep. VI*, 2., & IX, 7., Marcian. L. 3. §. 4., & Ulp. L. 4. §. 2. *eod.* Servos occidere, aut non dicta cauſſa lenoni, vel laniſtae vendere vetuit Hadrianus. Spartian. in *Hadr. c.* 18. Antoninus Pius dominos, qui ſine cauſſa ſervos ſuos enecaſſent, aeque puniri, atque eos, qui enecaſſent alienos: itemque ſervos, ſi vel durius habiti, vel infami injuria affecti ad ſtatuas Principum, tanquam ad aſylum, confugiſſent, non ſolum vendi ab invitis dominis conſtituit contra regulam juris in *L. non enim* 9. *de act. rer. amot.* ſed & bonis conditionibus vendi, §. 2. *h. t.*, & 2. *de his, qui ſui*. Romae Principum ſtatuae, atque imagines Diis ipſis, ac vel ipſo Jove Olympico ſanctiores. Philoſtrat. *De vit. Apollon.* I, 16. V. noſtr. *Obſ.* II, 9. Tribonianus ſtatuis addidit *eadem ſacram*, quod jam inde ab Honorio ac Theodoſio ſacrae aedes tutiſſimum miſeris perfugium erant, L. 2. C. *de his, qui ad Eccl.* Bonae conditiones ſunt non durae pactiones. Antea vendi ſervos ſub conditione, ne in Italia eſſent; vel ut haberentur in vinculis, vel ne unquam manumitterentur, conſtat ex *L. ſervus* 7. *de ſerv. export.*, L. *quis ſit* 17. §. 19. *de Aedilit. Edict.*, & L. *ſtatuliberos* 25. *de ſtatulib.* Idem de ſervis ad ſacellum Theſei confugientibus jus olim fuit Athenis. Petit. *ad LL. Att. p.* 178. 179.; ac Meurſ. *in Theſeo c.* 31. Poſtremo poteſtati dominorum modum poſuit Conſtantinus in *L. un. C. de emend. ſerv.*

TITULUS IX.

De patria poteſtate:

PR. Tit. & §. III. Patriae poteſtatis triplex cauſſa *Nuptiae*, *Legitimatio*, *Adoptio*: de quibus ſingillatim. In poteſtate noſtra ſunt liberi ex juſtis nuptiis procreati, *pr. h. t.*, & *L.* 4. *de his, qui ſui*: neque ex noſtris ſolum, ſed & ex nuptiis filiorum, ceterorumque liberorum, qui in poteſtate noſtra ſunt; namque in ſua poteſtate non videtur habere, qui non eſt ſuae poteſtatis, *L. ſic eveniet* 21. *ad L. Jul. de adult.* Extra nuptias quaeſiti non patris familiam ſequuntur, ſed matris: quae *naturae lex* dicitur Ulpiano in *L.* 24. *de ſtat. hom.*: natique ex filiabus noſtris non in noſtra ſunt, ſed in poteſtate patris eorum, quum mulier ſit familiae noſtrae finis, *L. pronunciatio* 195, §. *ult. de V. S.*

§. I. Nuptiae ſunt *viri & mulieris conjunctio individuam vitae conſuetudi-*

(*a*) *Mentio eſt Legis Juniae Patroniae in L.* 24. *de manumiſſ.*; *ſed fortaſſe librarius elementum e cum a commutavit. Duplex Lex Petronia, altera de peregrinis, altera de ſervis. V. Noodkerkium Libro ſingulari in L.* [Pe]*troniam.*

Digitized by Google

tudinem continens, §. 1. *h. t.*: quam definitionem ſi exegeris ad regulas Chriſtianae Religionis, ad quas eam exegiſſe Tribonianus videtur; *individuum* erit, quod dirimi niſi morte non poteſt: ſi ad Leges Romanorum, apud quos inde ab an. U. DXXIII. (a) divortii exemplum exuit, *individuum* erit quotidianum, atque arctiſſimum, quod eſſe ad tempus poteſt. Hoc ſenſu Veſcularium Flaccum, ac Julium Marinum apud Capreas *individuos* appellat Tacitus *Annal. VI*, 10. Hanc ejus vocabuli explicationem potiorem habent Marq. Freherus *Veriſim, I*, 11., & Huber *Obſ. II*, 19.: illam Coraſius *Miſcell. I*, 8., ac Petrus Faber in *L.* 48. *de R. J.* Ego neutram reprehendo: nec quod jure Romano uxores aedibus faceſſere, ſuaſque ſibi res habere (*b*) juberent viri, id facit, ne individuum interpretemur, quod nequit niſi morte diſſolvi; quum ea interpretatio poſſit ſolo contrahentium voto ſuſtineri: in quem modum Paulus in *L.* 1. *de jur. dot.*, *Dotis cauſſa*, inquit, *perpetua eſt: quum voto ejus, qui dat, ita contrahitur, ut ſemper apud maritum ſit*.

§. II. Patriam poteſtatem juris gentium eſſe, mos omnium gentium demonſtrat, maxime earum, quibus liberorum aut venum (*c*), aut morti (*d*) etiam dandorum jus erat, Qualem autem Cives Romani in liberos habuerunt ex Lege Regia, uti Papinianus inquit in *Collat. LL. Moſaic.*, h. e. ex Romuli Lege, de qua Halicarnaſſeus II, *p.* 36. (*e*), talem nullae aliae gentes habuere, §. 2. *h. t.*: quo ſenſu ea *jus proprium Civium Romanorum* Gajo dicitur in *L. item* 3. *de his, qui ſui*. Et Romano quidem jure matribus in filios nihil datum: patribus vero eos, cujuſcumque aetatis, dignitatiſve eſſent, ter vendere, ita ut ſemel atque iterum venditi,

(a) *V. Cujacium Obſ. I*, 39.

(b) *In diſtrahendis ſponſalibus renunciationis formula erat*, Conditione tua non utor, *L.* 2. §. 2. *de divort.*: *in diſtrahendis nuptiis erat*, Tuas res tibi habeto, *vel* Tuas res tibi agito, *d. L.* 2. §. 1. *Titinnius apud Non. Marcellum v.* faceſſere ..... At aliquis veſtrum nunciet Geminae, res ſua ſibi procuret, & faceſſat aedibus. *V. Sigon. De antiq. jur. Civ. I*, 9. *ſub finem*.

(c) *Id de Hebraeis, Aſiaticis, aliiſque gentibus prodidere memoriae Moyſes Exod. XXI*, *v.* 7., *Plutarchus in Lucull.*, *& Juſtinianus in Nov.* 134.

(d) *Teſtatur id de Perſis Ariſtoteles Nicomach. VIII*, 10., *de antiquis Gallis Caeſar De bel. Gall. VI*, 19. *Idem de Athenienſibus Oiſelio videtur in Gaji Inſt. I*, 22.; *ſed erraſſe eum intelliges ex Meurſio Themid. Att. I*, 2. *&* 3., *atque Hubero Digreſſ. II*, 6.

(e) *Regiam iſtam Legem primos Romanorum Reges ſervaſſe* incertum ſcriptamne an ſine ſcripto proditam, *inquit Halicarnaſſeus II*, 97. *Hinc explicandum illud Ulpiani in L. patres* 8. *de his, qui ſui*, jus poteſtatis moribus receptum. *Eam ſine ſcripto proditam, addubitans tradidit Halicarnaſſeus, certo affirmavit Ulpianus: nec, quod ſcriptum defuit, ea magis conſuetudo fuit, quam Lex. Ejus auctorem Halicarnaſſeus Romulum facit: quod maximum Legis eſt argumentum. Porro conſuetudo dicitur moribus* introduci, *Lex* recipi, *uti ſcite eſt a Jac. Gothofredo animadverſum ad LL. XII. Tab.* 4. *Aliam Ulpiano ſententiam affingit Merillius Obſ. II*, 4.

diti, ac liberi facti in manum reciderent patrum, nec niſi tertia demum venditione de patria poteſtate eximerentur, quum tamen ſervi ſemel venditi ad dominum venditorem amplius non pertinerent, ac ſemel manumiſſi liberi fierent. omnia ſibi per eos adquirere, in eoſque animadvertere ad necem (Halicarnaſs. II, *p. 96. 97.*, & *VIII*, *546.* & *547.*): nec quidquam interfuiſſe, num naturalis eſſet filius, an adoptivus, ipſa demonſtrat adrogationis formula in Gellii *Noctibus V*, 19. Haec diu ſtetere apud Romanos. Et vero trinam illam venditionem regeſſere Decemviri in XII. Tabulas, ubi ſcriptum, Si *pater filium ter venumduit, filius a patre liber eſto*. Ulp. *Fragm. X*, 1. Eam, uti erat Romuli Lege permiſſa, non imaginariam, qualem putavit Aleander in Gaji *Inſt. I.*, 6. 3., ſed veram fuiſſe, & apertiſſimo Halicarnaſſei teſtimonio patet, & Lege illa Numae apud eundem II, *p. 98.*, ne, quem filium permiſiſſet patet uxorem ducere pecuniae ſacrorumque ſociam, vendere eum poſſet: cujus Legis, ſi imaginarias fuiſſe venditiones ponas, vix ullam probabilem poſſis rationem adferre. In his verbis Conſtantini ex *L. ult. C. h. t.*, *Libertati a majoribus tantum impenſum eſt*, *ut patribus*, *quibus jus vitae in liberos, neciſque poteſtas olim erat permiſſa, libertatem eripere non liceret*, quo loco abutitur Aleander; *majores* ſunt non Regiorum temporum Romani, ſed qui *XII.* Tabulas ſequuti ſunt; nam Romilia Lex de filiorum venditione poſt eas Tabulas deſuevit, ſtante tamen veteri patrum jure in filios animadvertendi ad necem, ut mox. Huber *Obſ. jur. II*, 4. Longe alio, ſed minus probo ſenſu Conſtantinum accipiunt Jac. Gothofredus in *L. un. C. Th. de his, qui ſanguinol.*, Marcilius *ad LL. XII. Tab. c.* 25., & Bynkershoekius *De jur. occid. liber. c.* 7. Ut Aleandro Halicarnaſſeus, ita Raevardo *ad LL, Tab. c.* 3. opinanti veras illas filiorum venditiones ante exactos Reges exoleviſſe, tum ſolum imaginarium earum ritum Decemviros retinuiſſe, obſtat Halicarnaſſeus, qui de veris venditionibus a Decemviris actum ſcribit II, 97. 98: porro & illud obſtat, imaginariam emancipationem fuiſſe actum legitimum: legitimos autem actus poſt XII. Tab. a Prudentibus inſtitutos, traditum eſt in *Hiſt. jur.* Quouſque perſtiterit jus iſtud patrium, omnino non liquet. Quid melioris notae Interpretes de ea re conjectaverint, apud Bynkershoekium habes *cap.* 6. Certe in L. 1. *C. de lib. cauſ.*, cujus auctor Antoninus, fortaſſe Caracalla, filios vendere *illicita & inhoneſta res* appellatur. De tempore, quo patribusfam. per filios adquiri omnia deſiere, ne labores. Primum deſiiſſe inſtituto ſub initia Imperii peculio caſtrenſi, in comperto eſt. Ejus peculii origines *Lib. II. Inſt.* dabo. De tempore autem, quo jus vitae ac necis in filiosfam. expiravit, magna diſſenſio eſt. V. Bynkershoekium *cap.* 2. Illud conſtat ex adſcriptis Conſtantini verbis, filiorumfam. enecandorum jus jure vendendi diuturnius fuiſſe. De tempore, quo interdicta primum fuit infantum expoſitio, quam neci proximam habet Paulus in *L. necare* 4. *de adgnoſc. & alend. lib.*, magnis animis diſputatum hoc aevo eſt a Noodtio, & Bynkershoekio: nec temperatum probris.

Digitized by Google

TITULUS X.

De Nuptiis.

PR. Tit. Apud nos juſta matrimonia ſecundum Canones contrahuntur: ſunt autem in iis multa e Legibus profecta. Canones propoſui *Inſt. Can.* II, 8.: nunc juris Civilis interpretem ago. Sed nihil hic de farre, coemtione, uſu: qui tres olim fuere uxoris habendae modi: nihil de uxoris in manum viri conventione: namque duo iſta argumenta duplici Diſſertatione ſum perſequutus. Venio igitur ad Tribonianum. Juſtas nuptias jure Civili faciunt ſoli Cives Romani. Olim cum ſervis, peregrinis, Latinis, dedititiiſque connubium non erat. Ulp. *Fragm. V*, 3., Senec. *De benef. IV*, 35. Sed poſt datam ab Antonino Caracalla omnibus, qui in Orbe Romano erant, Civitatem, cum ſervis tantum, ac peregrinis nuptiae non ſunt. Prudent. *adv. Symm. II*, *v.* 611. V. Spanhem. *Orb. Rom. II*, 22. Servi, ancillaeque jungi *contubernio* dicuntur, unde & nomen *contubernalium*, *L. ſervi* 23. *C. ad L. Jul. de adult.*, *L. Julius* 81. *de cond. & dem.*: quandoque vero in antiquis titulis civilia conjugum, & uxorum nomina uſurparunt. Fabret. *Inſcr. IV*, *p.* 308. Antonii cum Cleopatra peregrina femina conjugium Propertius *obſcoenum* appellavit *Eleg.* III, 9. Porro nec nuptiae ſunt, niſi mares ſint puberes, h. e. decimoquarto anno majores, feminae viripotentes, h. e. majores anno duodecimo: qua aetate creduntur poſſe virum pati, L. *minorem* 4. *de rit. nupt.*, L. *ſancimus* 24. *C. de nupt.* Citius pubeſcunt feminae, ſive quod calidiores ſint maribus, ſive quod debiliores frigidioreſque ſint, & ob debilitatem ſuam maturius ſeneſcant, quemadmodum exilia poma celerius matureſcunt: qua de re Horum, & Symmachum diſputantes facit Macrobius *Saturn. VII*, 7. Quae duci propter tenerum aetatis (a) non poteſt, *quaſi uxor*, & *nuptae loco* eſt, L. *quaeſitum* 17. §. 1. *de reb. auct. jud. poſſ.*, & L. 9. *de ſponſal.*, nec ante *legitima uxor*, quam annum duodecimum apud virum egreſſa, *L. minorem* 4. *de rit. nupt.* Romae interdum ductae duodecimo anno minores, ut dociles animos, & non corruptos mores adferrent ad viros, *d. L.* 9. *de ſponſal.*, ac *d. L.* 4. *de ritu nupt.* Apud Fabrettum VIII, 186. exemplum occurrit Valeriae, quae vixiſſe dicitur annis XXII., cum viro annis XXI., diebus XXX. V. Plutarch. in *Num. & Lycurg. cump.* Jam vero conſiſtere non poſſunt nuptiae, *niſi conſentiant omnes*, *id eſt*, *qui coeunt*, *quorumque in poteſtate ſunt*, L. 2. *D. eod.* Debere patresfam. in liberorum ſuorum nuptias conſentire, *& Civilis*, *& naturalis ratio ſuadet*, inquit Trib. *pr. h. t.*, ubi *ſuadere* eſt imperare, ut in L. *per adoptionem* 17. §. 1. *eod.*, & L. 1. §. 6. *ne quid in flum. publ.* Civilis ratio eſt quum ipſa poteſtas patria, qualem patribus Civile jus dedit, tum ea pro nuptiis maſculorum peculiaris ratio, ne alioqui patrifam. invito ſuus heres ex inviſa femina adnaſcatur arg. §. 7. *infr. de adopt.*:

(a) *Freherus Veriſim.* I, 2. *belle legit* tenerum aetatis *in* L. *filius* 28. §. 3. *de lib. & poſt.*, *ubi vulgo legitur* tenorem. *Sic in* L. *contra* 4. *C. de inceſt. nupt. eſt* lubricum aetatis.

adopt.: quo ſit, ut nepote uxorem ducente, debeat & filius conſentire: nubente autem nepte, ſola ſufficiat voluntas & auctoritas avi, *L. oratione* 16. §. 1. *de rit. nupt.* Conſenſus ſi deſit, injuſtae ſunt nuptiae, uxor injuſta, injuſti filii, niſi ſint hi poſt avi mortem concepti, *L. Paulus* 11. *de ſtat. hom.* Ne tamen liberum ſit patriſam. nuptias prohibere, Lege Julia cautum eſt, ut qui liberos, quos habent in poteſtate, injuria prohibuerint ducere uxores, vel nubere, imperio Magiſtratus cogantur in matrimonium collocare: prohibere autem videri etiam eum, qui conditionem non quaerit, ſcriptum a Marciano eſt in *L. capite* 19. *de rit. nupt.* Idem Conſtitutione Severi & Antonini cautum de iis, qui dare dotem nolunt, *d. L.* 19. *Naturalis* ratio eſt honor parentibus debitus jure naturae. Anne igitur nuptiae injuſſu parentum contractae natura ſunt nullae? Ita ſenſiſſe Tribonianus videtur: & certe ita ſentiunt ſatis multi. Sed conſenſum parentum honeſtatis quidem eſſe, non item neceſſitatis, Tridentini Patres rectiſſime definiere *De ref. XXIV.*, 1. *pr.*; ſunt enim inſtitutae nuptiae ad liberorum procreationem, atque educationem: conſequitur autem utrumque ex conſuetudine vitae: atque haec ex mutuo conjugum amore, qui natura nullo poteſt imperio conſtringi. Appoſite Auctor Declamationum *Decl.* 257., *Nuſquam libertas tam neceſſaria, quam in matrimonio eſt; nam quis amare alieno animo poteſt?* Ergo ne iſtiuſmodi nuptiae valeant, ſola facit ratio Civilis, quae proinde emancipatum filium, cui aeque ac non emancipato parendi neceſſitas eſt, diſſentiente etiam patre ducere uxorem patitur, *L. filius* 25. *de rit. nupt.* Jam ex eo, quod Tribonianus addit, juſſum parentis *praecedere* debere, quaerendi occaſio Interpretibus data, num in hac cauſſa ratihabitio retro recurrat ad tempus, quo initae nuptiae ſunt: quae vis eſt ratihabitionis, *L. ſi fundus* 16. §. 1. *de pign.*, & *L. donationes C. de don. int. vir.* Et magis eſt, eo Triboniani verbo ratihabitionem excludi, nec ante juſtas intelligi nuptias, quam pater eas habuit ratas. Confirmat id Ulpianus in *L. ſi uxor* 13. §. 6. *ad L. Jul. de adult.*, ubi virum jure mariti poſtulare adulterii uxorem poſſe negat, ſi quo tempore ea alium eſt paſſa, non dum pater ejus conſenſerat in nuptias: & ſimilia quaedam ſunt in *d. L.* 11. *de ſtat. hom.*, & *L. eos* 65. §. 1. *de rit. nupt.* Quod dicitur in *L. nec filium* 12. *C. de nupt.*, conſenſum patris *accedere*, cave conſicias ex eo, eum ſubſequi nuptias ſic poſſe, ut ad initia recurrat; namque ibi *contrahendis nuptiis* accedere dicitur, non contractis: eſtque acceſſio conſenſus contrahentium, quorum in ea re primae ſunt partes. Illud explorati juris eſt, patrem, niſi evidenter diſſentiat, intelligi ſemper conſentire, *L.* 7. §. 1. *de ſponſal.*, & *L.* 5. *C. de nupt.* Quid ſi conſentire nequeat, ut furioſus? Quod uti nec conſentire, ita nec contradicere furioſus poteſt, ejus filiam jure nubere, omnium pene Juriſconſultorum ſententia fuit. Super filio variatum, quod nati ex filio heredes ſint avo futuri. Tandem filium aeque ac filiam dementis, aut furioſi juſtas contrahere nuptias praeſentibus curatore, & propinquis, ac Magiſtratu, vel Epiſcopo auctore, Juſtinianus permiſit, *L. tam dementis* 28. *C. de Epiſc. aud.*, & *L. ſi furioſis* 25. *C. de nupt.*

§. I.

Digitized by Google

§. I. II. III. IV. V. & X. Sed & illud ad juſtas nuptias eſt opus, ut nec Cognatio, neque Adfinitas impedimento ſit. Triplex Cognatio eſt, naturalis, quae ex concubitu injuſto: Civilis, quae ex adoptione: mixta, quae ex juſtis nuptiis naſcitur. De *ſpirituali* actum *Inſt. Can. II.*, 8. Cognationis duplex linea, recta, & tranſverſa: atque haec aut aequalis, aut inaequalis: de quibus *Inſt. III.*, 6. erit dicendi locus. In recta cognationis linea, quoniam alii parentes ſunt, alii liberi, nuptiae non conſiſtunt in infinitum, ſive mixta, ſive tantum naturali, aut Civili cognatione jungantur, §. 1. *h. t.*, L. *adoptivus* 14. §. 1., & 2. *de rit. nupt.*, ubi eas nuptias eſſe inquit Paulus contra naturalem pudorem, qui & in nuptiis manumiſſorum, qui ſunt ex ſervili contubernio nati, & in ipſis ſervorum contuberniis ſpectatur, §. 10. *h. t.*, & L. *inter* 6. *ad* L. *Jul. de adult.* Pudor eſt horror animi ob reverentiam perſonis debitam nuptias refugientis. Pertinet huc illud Myrrhae patrem depereuntis apud Ovidium *Met. X.*, 9. *Velle* (patrem) *puta: res ipſa* (h. e. horror ipſe) *vetat.* Tanti eſt autem is pudor, ut ne tum quidem, quum per emancipationem diſſoluta Civilis cognatio eſt, inter eos, qui parentum, liberorumque loco ſemel fuerunt, contrahi nuptias patiatur, *d.* §. 1., ac *d. L.* 14. §. 2.; reliqua eſt enim priſtinae reverentiae recordatio, dum vivunt, non peritura. Ex linea tranſverſa aequali fratres, ſororeſque vetantur coire, ſive germani ſint, ſive conſanguinei, ſive uterini, §. 2. *h. t.*: quod jus *moribus*, h. e. jure gentium, *non legibus*, h. e. jure Civili *introductum* Pomponius ſcribit in L. *libertinus* 8. *de rit. nupt.* Cujacium, Noodtium, & Ottonem contra ſentientes refutavi *Obſ. IV.*, 9. Inter eoſdem mera naturalis cognatio, ut ſervilis, & mera Civilis nuptias impedit, *d.* §. 2. ac 10.: quod vero pudor ille tantus in tranſverſa linea non eſt, quantus in recta, nuptiae diſſoluta adoptione conſiſtunt, L. *per adoptionem* 17. *eod.*: ut ſi quis generum adoptare velit, debeat omnino is ante filiam emancipare: ac ſi quis adoptare nurum velit, ante debeat filium emancipare, *d.* §. 2., & L. *per adoptionem* 17. *pr.* & §. 1. *eod.* Quid ſi nuptias adoptio ſubſequatur? Summo quidem jure nuptiae perimuntur, quod res veniat ad eam cauſſam, a qua incipere non poteſt; ſed adoptionem impediri humanius eſt. Et id jus controverſum fuiſſe, docet Cujacius *Obſ. XXV.*, 3. Ultra fratres & ſorores nulla cognatio nuptiis obſtat. Igitur duorum fratrum, ſororumve, aut fratris ac ſororis liberi *conjungi poſſunt*, §. 4. *h. t.*, L. *ſi nepotem* 8. *de rit. nupt.* Iſtas autem nuptias *diu Romae fuiſſe ignoratas, tempore addito percrebuiſſe*, Tacitus ſcribit *Annal. XII.*, 6. Ut primum Romanus quidam homo neſcio quis gratia apud Populum pollens earum nuptiarum exemplum edidit, mox id abiit in Legem. Plutarch. *Problem.* 6.; *ſed raro tamen per mores fiebat, quod fieri per leges licebat*, uti Auguſtinus loquitur *De civ. Dei XV.*, 16. Primus Theodoſius Major conſobrinorum nuptias improbavit, tantum pudori, & continentiae tribuens, ut in ejus Vita inquit Aurelius Victor: ſed eas rurſus probarunt quum ejus filii Arcadius, & Honorius in L. *celebrandis* 19. *C. h. t.*, tum Juſtinianus in *d.* §. 4., ubi ex quorundam Exemplarium fide malunt legi *non poſſunt* Contius, Hotomannus, alii-

aliique nonnulli. Abnutivam particulam Theophili etiam Paraphraſis habet. Sed & Paraphraſis haec, & exemplaria illa in mendo ſunt. Graeci Principes Juſtiniano juniores antiquum jus de interdictis conſobrinorum nuptiis recentarunt, teſte Harmenop. *IV.*, 6. Fuit igitur ex jure noviſſimo intruſa negatio in eos libros, uti ſcite Theophilus: quodque cum Graecis ſentirent Gothi (Caſſiod. *VII.*, 46.), textum Gaji *Inſt.* 1. 46. Anianus corrupit. In linea tranſverſa inaequali, quod alii parentum, alii liberorum loco eſſe videantur, aeque ac in recta omnis cognatio nuptias impedit in infinitum, §. 3. & 5. *h. t.*, *d.* L. 17. §. 2., L. *ſororis* 39. *de rit. nupt.*, L. *nemini* 17. *C. de nupt.*, L. *ult. C. de inc. nupt.* Gajus in *d.* L. 17., ac Tribonianus *d.* §. 5. *amitae adoptivae* mentionem faciunt, non item materterae; namque haec, ut avunculus per adoptionem non fit, L. *ſi qua* 12. §. 4. *de rit. nupt.* Quid eſt autem, quod Ulpianus ſcribit *Fragm. V. 6.*, *Nunc etiam ex tertio gradu licet uxorem ducere, ſed tantum fratris filiam, non etiam ſororis*? Pertinet id ad SC., quod Imp. Claudius Agrippinae Germanici fratris filiae amore captus extorſit. Suet. in *Claud. c.* 26. Exemplum illud Seneca in *Octavia*, & optimi quique tulerunt indigne, maxime Juriſconſulti, eo Decreto de ſola fratis filia accepto (*b*): nec tum alius praeter libertinum quendam, & alterum Primipilarem ſequutus eſt (Tacit. *Annal.* 12., 7. Suet. ibid.); procedente tamen tempore honoratiores etiam nonnulli. Poſtremo omnem ejus SC. vim fregit primum Conſtantius in L. 1. *C. Th. de inceſt. nupt.*, tum ſive Zeno, ſive Anaſtaſius in L. *ult. C. Juſtin. eod.* (*c*). Hanc libri omnes Anaſtaſio adſcribunt; ſed ut plurimum feliciter audax Cujacius *Obſ.* 8., 28. reſtituit Zenoni. Ejus vero mulieris, quam pater tuus adoptavit, filiam ducere nec naturalis, nec Civilis ulla cognatio vetat *d.* §. 2.: non naturalis, quod cognata non ſit: non Civilis, quod avunculus per adoptionem non fiat, *d.* L. 12. *h. t.*

§. VI. VII. VIII. IX. Etiam Adfinitas impedimento eſt nuptiis: Adfines ſunt viri, & uxoris cognati, ex eo dicti, quod duae cognationes diverſae inter ſe per nuptias copulantur, & altera ad alterius finem accedit, L. *non facile* 4. §. 3. *de grad. & ad fin.* Adfinitati nulli proprie ſunt gradus, *d.* L. 4. §. 5., namque adfines ab adfinibus non generantur: ſunt tamen quidam quaſi gradus, L. *Juriſcoſultus* 10. *p. eod.*, quos cognoſces hac regula, *Quo quis eſt viro cognatus, eo gradu eſt adfinis uxori, & contra.* Ita in linea recta quoniam uxor mea uno gradu a par-

(b) *Nunc intelligis, cur in Pandectis ſcriptum ſit, cum ſororis filia, vel nepte pronepteve neque nuptias eſſe, neque concubinatum*, L. *ſororis* 39., L. *etiamſi* 56. *h. t.*, & L. *ſi adulterium* 38, §. 1. *ad* L. *Jul. de adult.*

(c) *In verbis Gaji Inſt. I.*, 4. 3., Fratris, & ſororis filiam uxorem ducere non licet, *τὸ* fratris *additamentum eſt Aniani, qui ad Conſtantii Conſtitutionem ſpectavit; certe enim ſtabat SC. aetate M. Aurelii Antonini, in quam incidit Gajus. Porro in* L. *nemini* 17. *C. h. t., quae Edicti cujuſdam Impp. Diocletiani & Maximiani pars eſt, verba*, praeterea fratris tui filii, & ex ea nepte, *adſuta a Triboniano ſunt, quum abſint ab Edicto, quod integrum extat in Collat. LL. Moſaic. VI.* 4.

Digitized by Google

a patre, duobus diſtat ab avo, & ſic deinceps; ego gradu uno a ſocero, duobus a proſocero diſtabo, & ſic deinceps. Ita in tranſverſa quoniam maritus meus duobus gradibus diſtat a fratre, duobus ego a leviro, ſeu fratre viri mei diſtabo. Quemadmodum autem in recta cognationis, ſic in recta adfinitatis linea nullae prorſus nuptiae ſunt. In illa alii parentes ſunt, alii liberi: in hac alii parentum, alii liberorum vice funguntur, §. *6.* & *7. h. t.* In utraque, haud longe abſimilis nuptiarum horror, qui peremta etiam adfinitate durat, *d.* §. *7.*. In tranſverſa aequali interdictae nuptiae ſunt inter fratrem, ac defuncti fratris uxorem, inter ſororem, ac defunctae ſororis maritum; namque adfinitate facti ſunt frater & ſoror, L. *fratris* 5., & L. *licet* 8. *C. de inceſt. nupt.* In tranſverſa inaequali perpetua nuptiarum interdictio eſt, uti multis Vinnius in *d.* §. *6.* Mariti tamen filius ex alia uxore, & uxoris filia ex alio marito, & contra (hi dicuntur *privigni*) matrimonium recte contrahunt, licet habeant fratrem, ſororemve ex matrimonio poſtea contracto natos, §. 8. *h. t.*, & L. *generali* 34. §. 2. *eod.*; adfinitas enim aut cum viro eſt, aut cum uxore, proinde eſſe inter privignos non poteſt. Quod *ſi* (pergit Tribonianus §. *9.*) *uxor tua poſt divortium ex alio filiam procreaverit, haec non eſt quidem privigna tua*; (quod quo tempore concepta eſt, deſierat mater ejus tua uxor eſſe), *ſed Julianus hujuſmodi nuptiis abſtineri debere ait* (apud Ulp. in L. *ſi qua* 12. §. 3. *h. t.*) *nam nec ſponſam filii nurum eſſe, nec patris ſponſam novercam eſſe*, (quum nulla e nudis ſponſalibus adfinitas oriatur); *rectius tamen & jure facturos eos, qui hujuſmodi nuptiis abſtinuerint*. Nuptias iſtas impedit honeſtas: de quo impedimento abunde actum *Inſt. Canonic.* 2., 8.

§. XI. Sed non ſemper valent nuptiae, quamvis neque Cognatio, neque Adfinitas obſtet. Multi ſunt, qui aut jure naturae, aut Legibus, moribuſque Civitatis coire prohibentur: quae ex Pandectis & Codice repetenda ſunt. Spectat huc Polygamia, quam *ſimultaneam* dictitat vulgus. Duas uno tempore uxores virum unum habere, multoque magis mulierem unam duos uno tempore viros habere, Lex vetat, §. *6.* & *7. h. t.* Anne etiam natura? V. Grot. *De jur. bell.* 2., 5., & Huber. *Obſ. jur.* 2., 16.

§. XII. Si qui vero coierint contra ea, quae dicta ſunt, nec virum, neque uxorem, nec nuptias, nec matrimonium, nec dotem intelligi: ex eoque concubitu natos in poteſtate patris non eſſe aeque atque ſpurios (*d*), puta, quos mater vulgo concepit, (quum ſit idem patrem omnino incertum habere, ac patrem, quem habere jure non licet, L. *vulgo* 23. *de ſtat. hom.*) ac tandem eo concubitu diſſoluto nec dotis, (*e*) *nec donationis* exactioni locum eſſe, ſcribit Tribonianus §. 12. *h. t.*; quum pro infectis habeantur contra jus facta, *L. non dubium* 5. *C. de* LL. Num de nuptiis filiorumfam. injuſſu parentum contractis idem jus eſt? Vide, quid ſcriptum ſit apud Paulum de ea re *Sent.* 2., 19. 2. *Eorum, qui in poteſtate patris ſunt, ſine voluntate ejus matrimonia jure non con-*

(d) *De etymo vocis* Spurius *v. Menag. Amoenit. c.* 39.

(e) Tò nec donationis *a Theophilo, ac MS, Codicibus abeſt.*

Digitized by Google

contrahuntur ſed contracta non ſolvuntur; contemplatio enim publicae utilitatis privatorum commodis praefertur. Quod matrimonia jure non contrahantur, injuſtas eſſe nuptias, injuſtam uxorem, injuſtos liberos, ait Cujacius *Obſ.* 3., 5.: quod vero contracta non ſolvantur, nuptias eſſe nullas negat. Ita imperfecta ea Lex erit, quae nuptias vetat, nec tamen reſcindit: cujus generis Leges non paucae ſunt. V. Ulp. *Fragm.* *I.*, 1., & Merill. *Obſ. V.*, 11. Verum Cujacio regere Tribonianum *h.* §., ubi nuptias quacumque cauſſa interdictas aeque nullas pronunciat: itemque Paulum ipſum in L. 2. *h. t.*, ubi *conſiſtere nuptias non poſſe*, inquit, *niſi conſentiant omnes: i. e. qui coëunt, quorumque in poteſtate ſunt*. De Pauli loco e *Sententiis* magna inter Interpretes diſſenſio eſt; de qua Schultingius in *Paul.* ibid. Sed Duarenus ad *tit. D. ſolut. matr. c.* 2. illum belle exponit in hunc modum, *Eorum*, *qui in poteſtate patris ſunt*, *ſine voluntate ejus matrimonia jure non contrahuntur* (& contracta non valent), *ſed* (ſemel jure) *contracta*, (contraria patris voluntate) *non ſolvuntur*: quam interpretationem injuria ridet Conrius *De clandeſt. matrim. p. m.* 188. Olim auſos quandoque patres matrimonia filiorumfam. jure contracta ſuo imperio dirimere, Afranii, Ennii, ac Plauti loca commonſtrant apud Cujacium *Parat. D. de lib. exh.*, & in *Nov.* 22. Certiora ejus rei teſtimonia ſuppetunt e Libris Juriſconſultorum Pauli *Sent. V.*, 6. 15., & Ulpiani L. 1. §. 5. *de lib. exh.*; quin eo jure uſos ad tempora Divi Pii, ex Paulo conſtat. De poenis, quibus inceſtae, ac nefariae nuptiae vindicantur, v. *Nov.* 12., in eamque Jac. Cujac.

§. XIII. Patriae poteſtatis cauſſa eſt etiam *Legitimatio*, ſeu legitimus modus, quo naturales liberi juſti fiunt. Ejus exemplum nullum Conſtantino antiquius occurrit. Quod nonnulli laudant ex Ulpiane in L. *ult. de adopt.*, adrogationis beneficio Principis factae exemplum eſt: idque monet vel ipſe Titulus, cui Ulpiani fragmentum ſubeſt: quodque laudant ex Marciano in L. *qui in Provincia* 57. §. 1. *de rit. nupt.*, non ordinariae legitimationis exemplum eſt, ſed peculiare beneficium Principis, quo ob certas cauſſas filii non ex concubina, ut male in *h.* §. Everardus Otto, ſed ex filia ſororis, ac proinde ex inceſtis nuptiis ſuſcepti, quorum cauſſa nulla inſtituta legitimatio eſt, perinde probantur, ac ſi legitime concepti eſſent. Primus Conſtantinus, quo homines abduceret e concubinatu, Lege cavit, ut filii ante eam Legem ex ingenua concubina ſuſcepti, ſubſequutis cum illa nuptiis juſti fierent. Intercidit Lex Conſtantini; ſed eam meminit, confirmavitque in eamdem ſententiam Zeno in L. *Divi* 5. *C. de nat. lib.* Illam ad liberos in poſterum naſcituros produxit Anaſtaſius L. 6. *C. eod.*: ſed rurſus ad jam natos coarctavit Juſtinus L. 7.: tandem Juſtinianus L. 10., & *h.* §. reporrexit ad naſcituros ex quacumque muliere libera, cujus matrimonium non eſt Legibus interdictum. Dotalia inſtrumenta, quibus compoſitis naturales liberos fieri legitimos, ait Juſtinianus *h.* §., & *Nov.* 18., 11., ac 12., 4., non erant ad legi-

timationem opus, ſatiſque videbatur, profiteri virum apud acta, velle ſe concubinam habere uxorem. Cujac. *Obſ.* 13., 4. Et vero legitimos faciunt ſolae nuptiae, quae & ſine dote conſiſtunt. Injecta dotalium inſtrumentorum mentio eſt, quod tum vix ſine iis fieri nuptias aſſoleret. Juvabit conſulere Cujacium *Not. poſt. in Inſt.* 3., 1. *lit. b.* Abire hinc non poſſum, quin explicem Triboniani locum, qui Interpretes male habet. Is praefatus, filium e *muliere libera procreatum*, *dotalibus inſtrumentis compoſitis in poteſtate patris effici*, continuo ſubdit. *Quod & aliis liberis, qui ex eodem matrimonio fuerint procreati, ſimiliter noſtra Conſtitutio praebuit*. Eſt ea Conſtitutio in *d.* L. 10. Ecquis autem negavit, legitimos eſſe filios ex juſtis nuptiis ſuſceptos, aut quis dubitavit unquam de ea re, ut Conſtitutione Juſtiniani opus eſſet? Id vetus, certumque Romae jus fuit: neque eo ſpectavit in *d.* L. 10. Juſtinianus. Mutant aliquid in iis verbis Hotomanus in *h.* §.; Muretus *Obſ. jur. c.* 11., & Bynkeeshoekius *Obſ.* 2., 11.; ſed invitis omnibus Libris. Anonymus quidam apud Ottonem in *h.* §. adſcripta verba alio, quam ad *d. L.* 10., refert; ſed ab ea interpretatione mirum quantum abludant verba. Ego nihil muto, vimque omnem novae Conſtitutionis in ſolo adverbio *ſimiliter* poſitam ajo. Num ſuſcepti ex juſtis nuptiis liberi in poteſtate eſſent, quis dubitaret? Ambigi de eo tantum poterat, num procreati ex legitimo matrimonio procreatis ante matrimonium ullo eſſent modo potiores. His dedit Juſtinianus jus *ſimile*, ſeu, quod magis proprie dictum videbatur, jus *aequum* cum illis. Ita ſe rem habere intelliges, ſi cum adſcriptis Triboniani verbis verba contuleris, quae ſunt ſub finem *d.* L. 10., *Sancimus, omnes filios ſuos in poteſtate ſuis exiſtere genitoribus, ut nec prior, nec junior ullo habeatur diſcrimine; ſed qui ex iiſdem matrimoniis procreati ſunt, ſimili perfruantur fortuna*. Acceſſit legitimatio *per oblationem Curiae*, cujus auctor Theodoſius Junior in *L. ſi quis* 3. *C. eod.* Curialis conditio per quam dura. Ejus conditionis homines ſervire muniis Curiae tenebantur periculo facultatum ſuarum, L. *omnes* 50., L. *nullus* 60., & L. *neminem* 64. *C. de Decur.*: nec aut alienare, aut repudiare poterant in fraudem Curiae paternas hereditates, donationeſve, L. 4. *C. de nat. lib.* Mitto alia, de quibus Merillius *Obſ.* 8. 26., & Jac. Goth. in *tit. C. Th. de Decur.* Eo res venit, ut plerique ſubjici Curiae detrectantibus, neceſſe fuerit vim adhiberi, homineſque ei invitos adſcribi. Plin. *Epiſt. X.*, 114. De Chriſtianis, quo tempore ab impiis Principibus deſaevitum in eos, poenae nomine Curiae addictis v. Briſſonium *Antiqu.* 4., 13. Erant igitur homines ad Curiam praemiis alliciendi: quod ab Imperatoribus factum. Multas eorum Conſtitutiones Briſſonius congerit loc. cit. In eum finem a Theodoſio inſtitutum, ut quos filios naturales pater Curiae offerret, ii legitimi fierent. Offerre Curiae erat mares ſubjicere conditioni Curiali: feminas Curialibus nuptui dare, *d.* L. 3. Haec latiſſime exponit Cujacius *Not. poſt. in Inſt.* 3., 1. Cave tibi a Theophilo, qui in §. 2. *Inſt. de*

her.

her. quae ab int. nothos ſcribit Decuriones factos jura ſuorum obtinuiſſe. Non honor Decurionatus, ad quem ipſis legitimis haud facilis patebat aditus, ſed Curialis conditio legitimos faciebat, *d. L.* 3. Merill. *Obſ.* 8., 26. Eam legitimationem confirmarunt Leo, & Anthemius L. 4., ac Juſtinianus L. 9. *eod.*, ac *Nov. LXXXIX.*, 2. & 3. Mox inventa ab Anaſtaſio eſt legitimatio per *adrogationem*, *L.* 6. *C. eod.* Sed eam Juſtinus ſuſtulit iu L. 7., ut homines legitimis matrimoniis legitimam ſibi quaererent poſteritatem. Cum Juſtino ſenſit Juſtinianus *Nov. LXXIV.*, 3. (*f*). Addidit tandem Juſtinianus legitima iones duas, alteram *per reſcriptum Principis*, alteram *per teſtamentum*, *Nov. LXXIV.*, 1., & 2., & *Nov. LXXXIX.*, 9., & 10. Inter modos, quibus naturales fiunt legitimi, diſcrimina quaedam ſunt, de quibus Cujacius in *tit. C. de nat. lib.*, & in *d. Nov.* 74.

TITULUS XI.

De adoptionibus.

PR. Tit. Demum adoptione conſtituitur patria peteſtas, *h. pr.*, & L. 1. *h. t.* Ea eſt Legis actio (L. 3. & 4. *eod.*), qua qui natura filius non eſt, in jura filii adſciſcitur. Ita ea imitatur naturam; unde illam & *naturae imaginem* Papinianus in *L. filio* 23. *de lib. & poſt.*, & *ſimilitudinem* Gajus *Inſt. I.*, 5. *pr.*, & *ludibrium* dicit Juſtinianus in *L. quum in adoptivis* 10. *C. h. t.* Adoptio nuſquam gentium ignota, ſed Romae quam alibi crebrior. Adoptabant nonnulli, quod cupientes iiberorum eſſent, mulierum oſores, ut Plautinus ille Antimadas in *Poen. Prol. v.* 74.: nonnulli, quod ſatius ducerent optimos quoſque in ſpem nominis eligere, quam ex ſe natos ut ut peſſimos pati: qua de re Seneca *De Ben. III.*, 11., & Tacit. *Hiſt. I.*, 16.: quidam, ut deſertas domos fulcirent, uti de Auguſto loquitur Seneca *De conſol. ad Marc. c.* 15., privataque ſacra (*a*) perpetuo ſervarent: cujus rei Romanos admonuerat Lex illa XII. Tab., *Sacra privata perpetuo manento*: quidam ut orbitatis poenas effugerent, obtinerentque jura liberorum: quod & P. Scipio Cenſor reprehendit (Gell. *V.* 19.), ac vetuit tandem Senatus. Tacit. *Annal. XV.*, 19. Quid quod alii e patriciis Tribunatui plebis inhiantes ſeſe dabant in adrogationem plebeis?

(f) *Poſſet videri Anaſtaſiana legitimatio ab Juſtiniano per conſequentias reſtituta in Nov.* 117., 2. *Sed per conſequentias induci jus novum nequit: & ea Novella prorſus alio ſpectat. Vſ Cujac., & Rittershus. in d. Nov., ac Wiſenbach. in L. 7. C. de nat. lib.*

(a) *Iſtorum ſacrorum cauſſa adrogationum arbitri fuere primnm Pontifices (Cic. pro dom. c.* 13., *Gell. Noct. V.* 19. *): tum Imperatores, quos Pontificatum maximum geſſiſſe, conſtat. Videndus Van Dale Diſſert.* 2.

anteſtatus (c), ac teſtes quinque. Naturalis pater adoptivo filium mancipabat hac formula, *Mancupo tibi hunc filium, qui meus eſt*. Imaginaria erat venditio haec a Prudentibus inſtituta in locum verae, qua filiifam. ſecundum Romuli Legem abalienabantur. Contra adoptivus aes, quod *raudusculum* dicebatur; manu tenens, filiumque adprehendens ajebat, *Hunc ego hominem jure Quiritium meum eſſe ajo, iſque mihi emtus eſt hoc aere, hac aeneaque libra*: deinde aere percutiebat libram, unde illud in veteribus mancupiis ſcriptum apud Varronem *De L. L. Lib. IV.*, *Rauduſculo libram ferito*: aesque dabat ei, a quo mancipio accipiebat, quaſi pretii loco: quae omnia ex Gajo retulit Boethius in *Lib. 3. Comm. in Top. Cic.* (d). Multum autem intererat, num filius, an caeteri liberi, h. e. filia, aliique ulterioris gradus, in adoptionem darentur. Filius ter erat a naturali patre emancipandus, bis ab adoptivo manumittendus in hunc modum. Is a patre naturali ſemel emancipatus, ſicque in imaginariam ſervilem cauſſam deductus, manumittebatur ab adoptivo, & ex antiqua Romuli Lege in poteſtatem patris naturalis redibat: tum iterum mancipabatur, iterumque manumittebatur: demum tertio mancipabatur non manumittendus, ac patri adoptivo cedebatur in jure. Filia vero, ac reliqui liberi ſemel mancipabantur nunquam manumittendi: quorum omnium teſtis eſt Juſtinianus in *L. ult. C. de adopt.* Sed *veteres circuitus* idem Juſtinianus ſuſtulit *d. L. ult.*, ſatiſque habuit, deſiderium patris naturalis *actis intervenientibus apud competentem Judicem manifeſtari praeſente eo, qui adoptatur, & non contradicente, nec non eo, qui eum adoptat*.

§. II. Utroque igitur adoptionis genere fiebat tranſitus in poteſtatem patris adoptivi. At diſſoluta per emancipationem poſt patris naturalis obitum adoptione, excludebatur is utriuſque parentis ſucceſſione. Verum Juſtinianus id iniquum ratus, adoptione ab extraneo facta (extraneus hoc loco dicitur quicumque numero parentum non eſt)

(c) *Anteſtatum a libripende ſeparat vetus Inſcriptio apud Gruterum p.* 1081., Mancipio dedit libripende Claudio Dativo, anteſtato Cornelio Victore. *Et quoniam anteſtari erat* tactis auriculis alterum teſtem advocare, *ea formula*, memento, quod tu mihi in illa cauſſa teſtis eris, *uti eſt apud Porphyr. ad Horat. Serm.* 1., 9.; *intelligis*, *Anteſtatum fuiſſe, qui rogabat teſtes, eorumque fidem obteſtabatur tacta aure, uti rei geſtae meminiſſent; veteres enim in aure ima memoriae locum ponebant. Plin. Hiſt. XI.*, 45. *V. Merill. Obſ.* 8., 37., *& Lud. Carrion. Emend.* 2., 52.

(d) *Pertinet huc illud Suetonii de Auguſto c.* 46., Gajum & Lucium adoptavit domi per aſſem & libram emtos a patre Agrippa; *Cur autem ait*, domi? *Numnam domi adoptare Principibus tantum licebat? Imo & omnibus, quum enim adoptio voluntariae juriſdictionis eſſet, L. emancipati* 36. *h. t.*, *recte potuit apud quemvis privatum hominem expediri, modo ad eum Praetor, aut Praeſes adiret. Plin. Panegyr. c.* 8., *in quem locum v. Merill. ad L. Deciſ. Juſt. in d. L. pen. C. h. t.*

Digitized by Google

eſt) integra manere juſſit jura omnia patris naturalis, quaſi non facta adoptione, nec tranſire filium in familiam adoptivi, niſi facta a non extraneo adoptione, §. 2. *h. t.*, §. 10. & 14. *de her. quae ab int. lib. 3.* Non extraneus eſt quicumque numero parentum eſt. Juſtiniani Conſtitutionem habes in *L. pen. C. h. t.*, ubi antiquam dirimit controverſiam, de qua Merillius in *d. L. pen.*, & Janus a Coſta in *h.* §.

§. III. Olim non adrogabatur, niſi jam veſticeps. Pupillus in adrogationem conſentire non poterat per aetatem: tutori autem tantam eſſe auctoritatem poteſtatemque fas non erat, ut caput liberum fidei ſuae commiſſum alienae ſubjiceret ditioni. Gell. ibid. Tum pupilli adrogatio Conſtitutione Antonini permiſſa eſt Ulp. *Fragm.* 8., 8.): eaque expeditur non ſola indulgentia Principali, ut caeterae adrogationes, ſed auctore etiam tutore, conſentientibus propinquis, ac demum non aliter, quam ſi adrogator ſatiſdato, ſeu datis fidejuſſoribus caverit *perſonae publicae* (e), ſeu tabulario, ſi intra pubertatem pupillus deceſſerit, reſtituturum ſe bona illis, ad quos, non facta adoptione, fuiſſent perventura, *L. ult. C. de auct. praeſt.*, L. 2. C., & *L. non aliter* 18., L. 19., L. 20., ac §. 3. *h. t.* Idem in pupilla obſervandum eſt, feminae enim, abrogato jure veteri, quo adrogari prohibebantur, quod cum eis comitiorum communio non eſſet, teſte Gellio ibid.; nunc recte adrogantur ex Principis reſcripto, *d. L.* 20., & L. 21. Jam prope excidit, cauſſas adrogationis cognoſci a Magiſtratu oportere, *d.* §. 3., & *L. nec ei* 17. §. 2. *eod.* Sed in omnibus adrogationibus cognitione cauſſarum eſt opus: eaque potiſſimum circa aetatem, liberos, moreſque adrogatoris verſatur, *L. ſi paterfam.* 15. §. 2. & 3., L. 16., ac *d.* L. 17.: in quae omnia olim Pontifices inquirebant. Cic. *pro dom. cap.* 13., Gell. *V.* 19. Adrogationis pupilli id unum videtur proprium eſſe, ut facultatum pupilli, & adrogatoris comparatio fiat, quo intelligatur, num ſalubris pupillo futura adrogatio ſit, *d. L.* 17. §. 2. Eſt & aliud in gratiam pupilli cautum ab Antonino, ut eum pater nonniſi cauſſa cognita emancipet: ei vero emancipato ſine cauſſa, exheredatoque quartam bonorum ſuorum partem relinquat praeter bona, quae is tranſtulit ad patrem; ea enim reddenda ſemper ſunt filio ut ut merito emancipationem, *d.* §. 3, ne alioqui proclive ſit patri adoptivo juſtam aliquam emancipationis cauſſam

(e) *Ita Tribonianus h.* §. *Apud Ulpianum in* L. 18. *h. t. eſt* ſervo publico. *Servos publicos interpretatur Goveanus Lect.* 2., 10. *ſervos in publicum emtos, h. e. ut in publicis miniſteriis eſſent, de quibus in* L. 1. §. 7. *de quaeſtion. Spectavit autem Tribonianus ad conſtitutionem Arcadii, Honorii, & Theodoſii in* L. 3. *C. de Tabular.* Lib. X., *qua primum vetiti ſunt ſervi tabularios agere; nam* perſona publica *tabularius hoc loco eſt: unde in Paraphraſi Theophili, & in aliquot Codicibus Inſtitutionum poſt τὸ* perſonae publicae *ſequitur*, h. e. tabulario*: quo additamento fit, ne perſonam publicam eſſe putes Magiſtratum, ut in* §. 5. *infr. de Atilian. tut.*

ſam adornare, quo bona filii retineat penes ſe. Quarta emancipato debetur, ſi nulla juſta emancipationis cauſſa ſit: exheredato autem, licet juſtam ob cauſſam exheres ſit factus, *L. Papinianus* 8. §. 15. *de inoff.*, & *L. ult. ſi quid in fraud. patron.*: & fortaſſe patri nocet, teſtamento exheredem ſcripſiſſe filium, quem emancipare jure poterat vivus. *Antonianam* iſtam *quartam*, ſeu *quartam* iſtam *D. Pii* (utrumque enim occurrit in Libris juris) magis eſt eſſe partem quartam omnium bonorum, nam *quarta bonorum* dicitur *h.* §., *d. L. ult.*, & *L.* 2. *C. h. t.* Qui eſſe eam putant quartam partem portionis ab inteſtato debitae, ſeu legitimam, qua naturales liberi eſſe contenti debent, eo moventur argumento, quod abſurdum ſit, adoptivorum, quam naturalium meliorem cauſſam futuram. At ſi illi eo attenderint, impuberes cum omnibus bonis ſuis recipi in poteſtatem, ſicque emolumento potius quam oneri adrogatoribus eſſe; mirari deſinent, cur adoptivorum, quam naturalium potior conditio ſit. Diſcrimina inter duas iſtas Quartas perſequitur Janus a Coſta in *h.* §.

§. IV. V. VII. VIII. IX. X. Utrique adoptioni communia ſunt quaedam. Primum eſt, non poſſe natu majorem ab eo adoptari, qui minor eſt; adoptio enim imitatur naturam: pro monſtro eſt autem, ut ſenior ſit filius quam pater, §. 4. *h. t.* Hoc nomine Clodianam adrogationem notat Cic. *pro dom. c.* 13. In adoptionibus honorariis, qualis illa, qua Eutharicum ſenem Juſtinianus adoleſcens in filium adſcivit, nunquam aetatis habita ratio eſt. V. Orton. *Juriſpr. ſymb.* 3. 12. In veris pater adoptivus plena pubertate, i. e. annis 18. praeire filium debet, *d.* §. 4., & *L. adrogato* 40. §. 1. *h. t.* Petitus *ad LL. Att. p.* 142., & *Obſ.* 2., 6. primum Tribonianum inquit plenam pubertatem anno 18. definiiſſe: tum ejus anni mentionem injeciſſe verbis Modeſtini in *d. L.* 40. §. 1. Verum ſi ita ſe res habet, interpolata etiam a Triboniano dices alia Pandectarum loca, quibus eodem anno plena pubertas finitur, puta *L.* 1. §. 3. *de poſtul.*, *L. Mela* 14. §. 1. *de alim. leg.*, *L. pater* 101. §. 2. *de cond. & dem.*, & *L. ſi collectaneus* 13. *de man. vind.* Quid ni autem? dixerit forraſſe quiſquiam pro Petito. At vero *pleroſque anno* 18. *pubeſcere*, Paulus ſcribit *Sent.* 3., 4. 2.: ad quem locum admovere manum non potuit Tribonianus. Quid quod plenam pubertatem eodem ipſo anno finiere Graeci, Indi, Cretenſes? V. Polluc. *Onomaſt.* 8., 30., Philoſtr. 2., 30., & Meurſ. *Cret.*, 11. Secundum eſt, licere in locum nepotis, neptiſve, pronepotis, proneptiſve, aut deinceps adoptare, quamvis filium quis non habeat, §. 5. *h. t.*, *L. adoptare* 37., *L. adoptiones* 43. *eod.* Quid eſt autem, cur id tantopere miretur Contius *Subceſ. lect.* 4. 6.? Romanum jus magnam partem commenticium fingit filium, qui non dum eſt: Ecquis huc non referat illud Pomponii in *d. L.* 43., *Adoptiones non ſolum filiorum, ſed & quaſi nepotum fiunt, ut aliquis nepos noſter eſſe videatur, perinde quaſi ex filio vel incerto natus ſit*? Tertium eſt, ſi quis nepotis loco adoptet vel quaſi ex filio, quem

quem ſive adoptivum, ſive naturalem in poteſtate habet, conſentire & filium debere, ne ei invito ſuus heres adgnaſcatur: ſi filius auctor factus non eſſet, nepotem in poteſtate filii non futurum, §. 7., *L. quum nepos 6.*, & *L. ſi is 11. eod.* Scite dictum, *quaſi ex filio*, *quem habet;* nam ſi quis nepotem adoptet ex filio incerto, quod ita nepos in poteſtatem filii recaſurus non eſt; conſenſu filii nihil eſt opus, *d.* L. 43., & L. 44. *eod.* Ex diverſo ſi avus nepotem ex filio det in adoptionem, conſentire filium, non eſt neceſſe, quum nepos non in patris ſui, ſed avi poteſtate ſit, *d.* §. 7. Quartum eſt, eum, qui vel adrogatus eſt, vel a non extraneo adoptatus, poſſe quaſi naturalem ab adoptivo patre in adoptionem alteri dari, §. 8. *h. t.* Τὸ *a non extraneo* adjectum ex nova Juſtiniani Conſtitutione in *L. pen. C. h. t.*, ſecundum quam extraneo patri nullum jus eſt in adoptivum. Quintum eſt, eos, *qui generare non poſſunt*, *quales ſunt ſpadones*, adoptare ſibi filios poſſe: *caſtratos* autem non poſſe, §. 9. *h. t.* Naturae imitatrix adoptio permitti caſtratis non debet, quod jam eo venerunt, ut natura nequeant generare. Nihil eſt tamen, cur permitti non debeat eis, qui temporariam ob cauſſam frigent. Arctiore hoc ſenſu *ſpadones* accipiuntur in L. *Pomponius 6.* §. 2. *de Aedilit. Edict.*, & L. *ſed eſt 6. de lib. & poſt.*, quamvis latiore ſignificatione ſint quandoque idem cum caſtratis, L. *Lege 4.* §. 2. *ad L. Cornel. de ſicar.* Petiti conjectura eſt *Obſ.* 2., 6., ſcriptum initio apud Tribonianum *nc. n.*, h. e. *nunc non*: tum elemento c cum o a librariis commutato, particulam *nunc* prorſus periiſſe. Verum & ea particula abeſſe ab *h.* §. debet, uti certe abeſt ab iis Ulpiani *Fragm.* 8., 6., *Hi*, *qui generare non poſſunt*, *velut ſpadones*: & ſpadonibus in eum, quem dixi, modum acceptis, jam ea ſubauditur. Porro interdum *non* ſonat idem atque *nondum*. Exempla dedit Otto Tabor in Briſſonium *de V.* S. Ita Ferrarii, Connani, aliorumque acutas in hunc §. nugas ne moreris. Tandem Leo Philoſophus etiam caſtratis adoptandi poteſtatem fecit Nov. 26.: adeo erant olim id genus homines in Aula gratioſi. Sextum eſt, feminas neque adrogare poſſe, neque adoptare, quia nec naturales liberos in ſua poteſtate habent, §. 10. *h. t.* Poterat Tribonianus ea ratione abſtinere; poſtquam patri adoptivo extraneo poteſtatem ademerat Juſtinianus in *d.* L. *pen.* Valebat ea ratio pro jure veteri: quin olim adrogare feminas et ipſa vetabat ratio, quae vetabat adrogari. Gell. *V.*, 19. Solis viduis *ad ſolatium liberorum amiſſorum* jus adoptandi Imperatores indulſerunt, non ut filios in poteſtate, ſed ut heredes haberent, *d.* §. 10., & L. *ſi ſuſpecta 29.* §. 3. *de inoff.* Tandem id etiam virginibus a Leone datum Nov. 27., quae a Graecis arrepta eſt. Harmenop. 2., 8. 4.

§. VI. & XI. Eſt aliquid adoptionis in ſpecie, eſt & aliquid proprium adrogationis, ſeu adoptionis, quam *per ſacrum oraculum*, h. e. per Principem fieri, Tribonianus inquit §. 11. *h. t.* Vide hominis aſſentationem, quam tamen aulici jamdiu invexerant in Aulam.

Ado-

Adoptionis in ſpecie proprium eſt, ut poſſit quis non modo filium alienum in locum nepotis, ſed & nepotem in locum filii adoptare, §. *6. h. t.*; non eſt enim opus, ut qui adoptatur, eundem apud adoptivum obtineat locum, quem habebat apud naturalem. Adrogationis proprium eſt, ut is, qui liberos in poteſtate habet, ſi ſe dederit adrogandum, non ſolum ipſe poteſtati adrogatoris ſubjiciatur, ſed & liberi ejus, tanquam nepotes, *L. adrogato* 40. *eod.* Ita Auguſtus non ante Tiberium adoptavit, quam hic Germanicum adoptaſſet, ut protinus adoptione facta inciperet Germanicus Auguſti nepos eſſe. Suet. in *Tib. c.* 15. At ſi filiifam. dantur in adoptionem, eorum liberi, quum in manu ſint avi; in ejuſdem remanent poteſtate, *L. liberum* 28. *eod.*

§. XII. Denique apud Catonem ſcriptum, Tribonianus refert, ſervos a domino adoptatos poſſe liberari. Non igitur filii, ſed liberi tantum fiebant, tanquam tacite manumiſſi. In filios adſciſci a dominis nec poterant, nec poſſunt. Nulla cum eis Comitiorum communio: eorum jure Civili conſenſus nullus: eos qui dominis mancuparet, eſſe poterat nemo. Secundum Catonis ſententiam noviſſime conſtitutum a Juſtiniano eſt in *L. un.* §. 10. *C. de Lat. lib. toll.*, ſervum a domino apud acta Magiſtratus (*L.* 3. *C. de fid. inſtr.*) filium nominatum, eſſe quidem liberum, non tamen filium. At poſſe ſervos a dominis per Praetorem dari in adoptionem, a pleriſque juris veteris auctoribus creditum. Gellius *V*, 19. De Catone illo video diſputari, num is ſit Cato Cenſorius, Porciae familiae princeps, an filius ejus natu major. Satis videtur mihi monere, utrumque juriſconſultiſſimum fuiſſe, & egregios de juris diſciplina libros reliquiſſe, *L.* 2. §. 38. *de O. J.*, Gell. *XIII*, 19.

TITULUS XII.

Quibus modis jus patriae poteſtatis ſolvitur.

PR. *Tit.* Duos fuiſſe ex inſtituto Romuli ſolvendae patriae poteſtatis modos, mortem, voluntatemque patris, ex Halicarnaſſeo *II.*, *cap.* 27. tradit Otto in *pr. h. t.* Multum mihi periit temporis atque operae in reperiendo Halicarnaſſei loco. Forte is eſt *Antiq. II.*, *p.* 96. & 97., ubi datum inquit a Romulo patri in filium poteſtatem *toto vitae tempore*: & mox patri jus datum ſubdit filii tertia mancipatione abalienandi. Sed non ait Halicarnaſſeus, praeter duos eos ſolvendae poteſtatis modos alium fuiſſe nullum: nec veri ſpeciem habet, patriam poteſtatem Romuli aevo captivitate non ſolutam. Ut ut iſta ſe res habeat, modos ſeptem recenſet *h. t.* Tribonianus. Primus eſt naturalis mors patris. Sed intereſt, num pater moriatur, an avus. Mortuo patre filii filiaevo ſui juris efficiuntur, mortuo vero avo tum demum ne-

Digitized by Google

potes nepteſve ſui juris ſiunt, quum poſt avi obitum in poteſtatem patris ſui recaſuri non ſunt. Quod ſi, quo tempore avus moritur, pater aut etiam mortuus eſt, aut exiit de poteſtate, tunc liberi, quia in poteſtatem ejus cadere non poſſunt, ſui juris fiunt, *pr. h. t.* Secus eſt; ſi pater ob dignitatem ſitae poteſtatis factus ſit: namque in hac ſpecie filius avo mortuo recidit in manum patris. Quid ita? Nempe quia dignitas jura quidem patriae poteſtatis perimit, capite tamen non minuit: at emancipatio & patriam poteſtatem ſolvit, & capite minuit. V. *Nov.* 81.

§. I. & II. Secundus eſt deportatio ſeu filii, ſeu patris. Deportatione amittitur Civitas: non poteſt autem vel civi in non civem, vel non civi in civem patria poteſtas eſſe, quum tota ſit juris Civilis: ſed deportato indulgentia Principis *per omnia* reſtituto, poteſtas patria reviviſcit, §. 1. *h. t.* Τὸ *per omnia* eſt apud Paulum *Sent. IV.*, 8. 24., & momentoſum eſt. Deportatum per omnia reſtitui eſt opus, ut patria poteſtas reſtitutione comprehendatur: iſque per omnia reſtituitur aut eo verbo, *te omnibus reſtituo*, aut eo, *reſtituo te in integrum*, *L.* 1. *C. de ſent. paſſ.*; nam Principalia beneficia interpretari quam pleniſſime debemus, *L.* 3. *de conſt. Princ.*, quam ad hanc ſpeciem proprie pertinere, Cujacius tradidit in *d. tit. C.* Si deportato filio reditus in patrium ſolum, praecedenſque dignitas reſtituatur, repetita non videtur patria poteſtas, *L.* 6. *C. eod.*: ac ſi reſtituatur pater indulgentia generali (haec deportatos omnes ad patriam revocat, *L.* 7. *C. eod. tit.*) filium non recipit in priſtinam poteſtatem, niſi id ſpecialiter impetravit, *L.* 9. *C. eod.* V. Cujac. ibid. Hinc, quum in fine §. 1. *h. t.* ſcriptum ſit, *Si ex indulgentia Principali reſtituti fuerint per omnia priſtinum ſtatum recipiunt;* prorſus adſentior iis, qui comma poſt τὸ *omnia* adpingunt. Rurſus de deportatis in §. 2. *infr. de cap. dem.*, ubi & de aqua, & igni interdictis. At relegato ſeu filio, ſeu patre ſalva patria poteſtas eſt, §. 2. *h. t.* Relegatione non Civitas amittitur, ſed patria tantum mutatur. Pulcre Ovidius de Caeſare *Triſt. V.*, 11. 21., *Nec vitam, nec opes, nec jus mihi Civis ademit... Nil niſi me patriis juſſit abeſſe focis*.

§. III. Tertius eſt poenae ſervitus. Generaliter *poenae ſervi fiunt, in quos animadverti jubetur*, *L. quod ad ſtatum* 12. *D. de poen.*, h. e. qui ultimo ſupplicio damnantur, namque ſtatim & Civitatem, & libertatem perdunt, *L.* 29. *eod.* Servitutem iſtam poenae per fictionem inductam, belle conjicit Ger. Noodt *Probab. III*, 12. Apud Tribonianum ſervi poenae proprie ſunt, qui in metallum damnantur, & qui beſtiis ſubjiciuntur, ut in *L. ſi quis* 25. §. 3. *de adq. her.*, & L. 8. §. 11. *de poen.* Dicuntur autem poenae ſervi, quod alium non habeant dominum praeter ipſam poenam, *L. ſunt quidam* 17., & *L. in metallum* 36. *eod.* Damnari in metallum eſt fodinis in perpetuum includi ad metallum pro Reip. uſu, effodiendum: cujus poenae auctor Tarquinius cognomento Superbus, Eutrop. I, 10.; Suid.

Suid. in *Superbus*. Ad damnatos in metallum proxime accedunt damnati in opus metalli, quorum partes metalli arenam lavare, excernere, excoquere: itemque damnati in miniſterium metallorum, qui metallicis miniſterium praebent: qua poena ſolenne fuit feminas coerceri, *d.* L. 8. §. 4. & 8. Omnes ſervi poenae fiunt, ſi in perpetuum damnentur: damnati ad tempus retinent Civitatem, *d.* §. 8., & L. 28. § 6. De ſervitute poenae multa Cujacius in L. 12. *de jure fiſc.* Beſtiis ſubjici eſt aut inermem ad beſtias dari, aut adligatum, ſeu, ut in *Aurelian. c.* 37. Vopiſcus loquitur, *ſurrectum* (a) *ad ſtipitem* beſtiis objici diſcerpendum: in quem modum plerumque Chriſtianos ab impiis Principibus morti datos, ex Actis Martyrum patet. De iis, qui ad depugnandas beſtias dabantur, ſeu *de gladio ludi*, ac *ludo venatorio* videndi Cujac. *Obſ. XIII.*, 10., Fab. *Semeſtr. II.*, 11., & J. Goth. in *L. un. C. Th. ad L. Fab.* Ultimo ſupplicio damnati videntur primum deſiiſſe ſervi poenae fieri poſt Nov. XXII., 8., unde decerpta eſt *Auth. ſed hodie C. de donat. int. vir.* Ottoni, qui in *h.* §. ſcribit, a Valentiniano Seniore in L. 8. C. *Th. de poen.* ſervitutem poenae primum ſublatam, in Valentiniani Conſtitutione legenda oculi caecutiere. Eximuntur ea Chriſtiani ludi poena, quam tandem in univerſum abolevit Honorius, uti ex Theodoreto, atque Hiſtoriae Tripartitae Auctore docet Gothofredus in L. 1. C. *Th. de gladiat.*

§. IV. Quartus eſt Patriciatus: quem honoris titulum primus inſtituit Conſtantinus. Zoſim. II, 40. Imperatoribus in conſilium, dum viverent, adlecti: dicebantur *Patricii*, quaſi Imperatorum, atque Imperii patres. V. Caſſiodorum *Varr. V*, 2., & Corippum *De laud. Juſt. lib.* 4. Succedanei videntur fuiſſe Juriſperitorum, quos in conſilium Principum adſumtos circa eorum latus egiſſe, inquit Papinianus in L. 30. *de excuſat.* Dignitatem Patriciatus *ſummam* dicit *h.* §. Tribonianus, ſubaudi *intra Aulam*; namque extra eam cedebat Conſulatui, quem ipſi Imperatores capiebant. Caſſiod. ibid. Eo fuit Patriciatus potior Conſulatu, quod illo perimeretur patria poteſtas; quum non ferendum videretur, patri ſubeſſe eum, quem patris loco Imperator habebat, *h.* §., & L. *ult. C. de Conſul. Lib. XII.* Id vero primum ab Juſtiniano inductum *d.* L. *ult.* Quod ejus mentio eſt etiam apud Caſſiodorum l. c., id juris Juſtiniano antiquioris argumentum non eſt; namque anno DXXXIV. prodiit Codex repetitae praelectionis: obiit autem Caſſiodorus non ante annum DLXII. Tandem Juſtinianus Nov. 81., quod de Patriciatu ſanxerat, ad Conſulatum, Epiſcopatum, ac caeteras dignitates produxit, quae Curiali conditione liberabant. De his autem v. Nov. 38. & 70. Ita derogatum ab Juſtiniano Romiliae Legi, qua cautum refert Halicarnaſſeus *II*, *p.* 96., ne qua filiifam. dignitate patria

(a) *Male quidam ſurrectum mutarunt in* ſurreptum. *V.* J. *Gothofredum in L. un. C. Th. ad L. Fab.*

poteſtas ſolveretur. Sed ante Juſtinianum fuit patria poteſtas Sacerdotio perempta. V. noſtr. *Obſ. jur. III. 9.*

§. V. Quintus eſt captivitas. Ab hoſtibus capti ſervi hoſtium fiunt, *h. §.*, & L. *hoſtes* 24. *de captiv.* Hoſtes dicimus, quibus publice decretum eſt bellum, *d. L.* 24. Quod in civilibus diſſenſionibus non in exitium, ſed in bonum Reip. contenditur; licet per eas Reſp. laedatur, qui in alterutras partes diſcedunt, vice hoſtium non ſunt: uti nec piratae, aut latrones. Nulla eſt igitur e captivitate ſervitus, *L. poſtliminium* 19. §. 2., L. *ſi quis* 21. §. 1., ac *d. L.* 24. Captivis autem hoſtium duplex fictio contra ſervitutem prodeſt, altera poſtliminii, altera Legis Corneliae. Poſtliminium eſt jus, quo captivi aut fines imperii, aut civitatem ſociam amicamve ingreſſi perinde priſtina jura recipiunt, quaſi in civitate ſemper fuiſſent, *h. §.*, *L. poſtliminii* 5. §. 1., & *d. L.* 19. §. 3. *eod.* *Dixi*, *jura*; quae enim facti ſunt, poſtliminio non continentur, *L. quum heredes* 23. §. 1. *de adq. poſſ.* Quod ſi quis apud hoſtes deceſſit, Cornelia Lex de captivis (cujus incerta aetas, auctor incertus) fingit, eum tunc quum captus eſt, uti Ulpianus loquitur in *L. in omnibus* 18. *eod.*, h. e. ante captivitatem deceſſiſſe, ſicque liberum & civem, *h. §.*, & *L. lege* 12. *qui teſt. fac.* Poſtliminium facit, ut ab hoſtibus capto ſive patre, ſive filio jus patriae poteſtatis pendeat: quo ſit, ut captivi patris filio dari nequeat tutor, debeat tamen curator ſubſtantiae dari, ne in medio pereat, *L. muto* 6. §. 4. *de tutel.*, nec tuto illi pecunia credatur, *L.* 1. §. 1. *de S. C. Maced.*; poſt reditum vero recidat filius in poteſtatem, ac proinde, ſi filius captivo patre teſtamentum condidit, nuptias contraxit, bona adquiſivit; teſtamentum irritum habeatur, nuptiae quaſi juſſu patris initae, dominia quaſi initio quaeſita patri, *L. ſi pater* 15. *de captiv.* Ita captivitate non tam ſolvitur, quam ſuſpenditur patria poteſtas, *h. §.*, & *d. L.* 1. §. 1. Captorum poſtliminium eſt, non transfugarum, qui hoſtium numero habendi ſunt, *d. L.* 19. §. 4., neque eorum, qui victi hoſtibus ſe dedidere, *L. poſtliminio* 17.; nam pactiones cum hoſtibus jure gentium valent: qua de re Grotius *III*, 19. Facit Lex Cornelia, ut patre apud hoſtes mortuo geſta per filium inde ab ipſo captivitatis momento valeant omnia, quaſi per patremſam. geſta, *h. §.* In verbo *poſtliminium* Ser. Sulpicius nihil notabat, niſi *poſtlim inium* eſſe verbi productionem ſenſu vacuam putabat: in eundem modum *finitimum*, *legitimum*, *aeditimum*, ac *meditullium* dici: contra ajebat Scaevola in eo eſſe & *poſt* & *limen*, hiſque ſignificari, aliquem poſt captivitatem ad idem, ex quo exierat, limen rediiſſe. Cic. *Topic. c.* 8. Scaevolae notationem vel una vox *eliminati* confirmat. Et cum Scaevola ſentit *h. §.* Tribonianus, quem eo nomine Salmaſius notat *Obſ. ad jus Att. c.* 26., quod *limen* veteribus fuiſſe *imperii finem* ſcribat; quum hic tamen Latinis dicatur *limes* a voce *limum*, h. e. tranſverſum: *limen* vero ſit pars domus a *lio*, i. e. levigo. Sed & imperii fines *limina* recte appellari,

Pau-

Digitized by Google

Paulo Feſti abbreviatore, ac Servio auctoribus Menagius docet *Amoenit*, c. 39. Non mihi praetereundus hoc loco Jac. Curtius, qui *Conjectural. II*, 23. factum *poſtliminii* vocabulum conjicit ex antiquo *pos*, h. e. compos, & *limen*, elemento *t* ad ſonantiorem orationem interjecto: niſi quis malit opinari, veteres *ſtilimen*, uti *ſtilitem* ſcripſiſſe. Quod Heineccio, aliiſque moderníoribus interpretibus video placere, *poſtliminium* inde dictum, quod olim reverſi ex hoſtico aedes ingrederentur non per limen (namque ominoſa res erat) ſed poſt, ſeſe per regulas, atque impluvium intro demittentes; id mihi non uſquequaque arridet; namque ominoſum erat per limen in aedes admitti eos tantum, de quorum morte fuerat obnunciatum, teſte Plutarcho *Quaeſt. Rom.* c. 5. Numnam igitur alios, de quorum obitu nullus rumor afflaverat, negandum erat *poſtliminio redire* ?

§. VI. & VII. Sextus eſt emancipatio. De antiquo ejus ritu abunde dictum in §. 1. *de adopt.* Sed reſtant adhuc nonnulla. Filiusfam. in adoptionibus patri adoptivo, in emancipationibus patri fiduciario mancipabatur. Gajus *Inſt. I*, 6. 3. Fiduciarius pater dictus a *fiducia*, quae cum eo contrahebatur: accedebat autem fiducia vel tertiae venditioni, ſi filius: vel uni, ſi filia caeterive liberi quum feminae, tum mares emanciparentur. Formula erat, *Hunc filium meum* (vel filiam, nepotem &c.) *tibi mancupo ea conditione, ut mihi remancupes, ut inter bonos bene agier oportet, ne propter te tuamque fidem frauder*. Cic. *De off. III*, 15., & *Ep. fam. VII*, 12., Sigon. *De judic. I*, 5. Interpoſita in hunc modum remancipandi fide pater fiduciarius filium remancipabat patri naturali, qui tandem eum manumittebat, quo poſſet ei ſuccedere jure patroni. Gajus l. c. Finem tricarum fecit Anaſtaſius in L. 5. C. *de emancip.*, ubi expediri emancipationem voluit reſcripto Principis apud competentem judicem inſinuato, inſciis etiam liberis, ſi infantes ſint, conſentientibus vero, ſi ſint infantia maiores: quo ſenſu accipiendum illud Pauli *Sent. II*, 25. 5., filiumfam. emancipari invitum non cogi. Sed vide Schultingium in eum locum. Tandem Juſtinianus in L. *ult. C. eod.* remiſſa adeundi Principis neceſſitate liberos permiſit emancipari per ſolos competentes *Judices, vel Magiſtratus*, d. §. 6., ubi τὸ *vel* omnino eſſe idem, atque *hoc eſt*, eo argumento patet, quod legis actio, qualis emancipatio eſt, apud datos judices, eoſve, quibus mandata juriſdictio eſt, nequeat expediri, L. 2. §. 1., & L. 3. *de off. Proc.* Conſectarium eſt autem patriae poteſtatis, ut liberum parenti ſit, nepotem ex filio, ac deinceps emancipare, retento in poteſtate filio, & contra, §. 7. *h. t.*, & L. *liberum* 28. *de adopt.*

§. VIII. Septimus eſt adoptio a non extraneo patre facta ex Juſtiniani Conſtitutione in L. *pen. C. de adopt.*; quum enim filius in poteſtatem tranſeat patris adoptivi, exire eum de poteſtate patris naturalis, neceſſe eſt. Moneo hic, non ſolum ea, quam poena, aut captivitas irrogat, ſed & alia quavis ſervitute patriam ſolvi poteſtatem.

§. IX.

Digitized by Google

§. IX. Duo Tribonianus habet *h.* §. Alterum eſt, ſi avus gerente uterum nuru filium emancipet, aut in adoptionem det; quod ex ea naſcitur, in avi poteſtate eſſe: conceptum vero poſt emancipationem, adoptionemve foetum in patris emancipati, aut avi adoptivi poteſtate naſci; quod enim qui in utero eſt, in rebus humanis eſſe intelligitur, L. 7., & L. *pen. de ſiat. hom.*, conceptionis tempus ſpectandum eſt arg. L. 7. §. 1. *de Senat.*, & L. *ex facto* 17. §. 5. *ad Trebell.* Alterum eſt; nec naturales, neque adoptivos parentes ullo *pene* modo compelli emancipare. Idem tradiderat Marcianus in L. *non poteſt* 31. *de adopt.*: verum τὸ *pene* apud Marcianum non eſt. Tribonianum eo additamento ſpectaſſe inquit Otto ad jus novum in L. *ſi lenones* 12. C. *de Epiſc. aud.* Sed & veteri jure juſtae quaedam cogendorum parentum cauſſae fuere, L. 32. *de adopt.*, & L. 92. *de cond. & dom.*

TITULUS XIII.

De Tutelis.

PR. Tit. Eorum, qui in poteſtate ſua ſunt, alios in tutela, alios in curatione eſſe, alios neutro jure teneri, ait Trib. Poteſtas eſt hic quum patria, tum dominica. Pro utraque illa poteſtate ſui juris eſſe dicuntur qui in tutela, curave ſunt. Caeterum poteſtate largius accepta, vix eſſe videntur ſui juris, qui ſub tutoribus, aut curatoribus agunt: quo refer *patremfam. ſui juris* in L. *obligari* 43. *de O. & A.*, ac L. 2. §. 1. *de pollicit.* V. Cujac. *Obſ. XXI.*, 23. & *XXV.*, 28., Merill. *Variant. ex Cujac.* 111., 21., J. a Coſta, & Wiſenbach. in *h. pr.* Primum de iis, qui in tutela ſunt. Hi dicuntur pupilli, h. e. impuberes, qui in poteſtate parentum eſſe deſierunt. Vox *impubes* certae aetatis hominem: vox *pupillus* impuberem patremfam. deſignat, L. 239. *de V. S.*

§. I. & II. Tutela Servio Sulpitio eſt *vis ac poteſtas in capite libero, ad tuendum eum, qui propter aetatem ſe defendere nequit, jure Civili data ac permiſſa*, §. 1. *h. t.*; & L. 1. *pr. de tutel.* Eſt haec omni ex parte perfecta definitio, & vere digna Servio dialecticorum egregie docto. Pro τοῦ *vis* Contius mavult *jus*: videturque ſic legiſſe Theophilus, in cujus paraphraſi eſt δίκαιον. Et vero duo illa *jus*., ac *poteſtas* conjunguntur in L. 1. *pr. ad L. Falc.*, & L. 59. *de R. J.* Sed plerique Codices habent *vis*: ſicque a Triboniano ſcriptum, indicio eſt, quod mox inquit §. 2., tutores eſſe, qui *eam vim, ac poteſtatem habent*. Ceterum voculae *jus*, & *vis* in manuſcriptis editiſque libris ſaepe commutantur nullo ſententiae vitio; quod enim *vis*, idem *jus* eſt, nempe *poteſtas*. Ita in iis *vis ac poteſtas*, aut τὸ *ac* idem ſonat quod *id eſt*: aut τὸ *poteſtas* ad pleniorem orationem eſt additum. Alterutro ſenſu liberum eſt accipere *vis ac poteſtas* apud Tacitum *Hiſt.* II,

II., 39.: *moribus & conſuetudine* apud Julianum in L. 32. *de* LL., & *ἐν ἐξουσίᾳ καὶ δυνάμει* apud Lucam *IV.*, *v.* 36. Poteſtatis tutoriae proprium eſt illud, quod ea ſit in *capite libero*, h. e. ſui juris homine, qualem eſſe pupillum dixi: quo a patria ac dominica maxime diſtat. Ac vide, ne *τὸ* in *capite libero* referas ad tutorem eo argumento, quod de pupillo dicendum fuiſſet in *caput liberum*. Solenne Latinis fuit pupillum appellare *liberum caput* (Ulp. *Fragm. XI.*, 5., Gell. *V.*, 19.) nec minus ſolenne ſextum caſum pro quarto uſurpare. Exemplo ſit illud in XII. Tabulis, *Adgnatorum in eo poteſtas eſto*: itemque illud in veteri adrogationis formula, *Utique ei vitae neciſque in eo poteſtas ſiet*. Gell. ibid. Igitur in L. 4. §. 12. & 21. *de uſuc.* recte habet Florentinus liber, *redire*, & *pervenire in poteſtate*. V. Voſſ. *Art. Gramm. VII.* 65., & Gronov. ad *Liv. II.*, 14. Sequitur in definitione, *ad tuendum eum*. *Tueri* (unde tutores, quaſi *tuitores*, quemadmodum a tuendis aedibus *aeditui* (a) dicti, §. 2. *h. t.*, in quem v. Duker *de Latinit. Juriſc. p.* 28.) tueri, inquam, eſt pupillo proſpicere in iis omnibus, quae ſunt ad vitam opus, qualia eſſe alimenta, diſciplinas, praeſtationemque auctoritatis, docemur L. 2. *ubi pupill. educ.*, ac *tit. D. de auct. tut.* *Τὸ eum* a curatore tutorem ſeparat. Hic perſonae, illi rei ſeu patrimonio datur, L. *quia* 14. *de teſt. tut.*, L. 1. ac. *tot. tit. D. de curat. furioſ. &c.* Jam porro in definitione eſt illud, *qui propter aetatem ſe defendere nequit*. Certe ſcripſit Servius, *propter aetatem*, *infirmitatemve conſilii*, aut his ſimilia; tum enim ſola maſculorum tutela finiebatur aetate: feminarum vero, quoniam licet grandaevae judicio parum valent, perpetua tutela erat. Verum Tribonianus, quod ſuo aevo pari cum maribus jure mulieres cenſerentur, ſolam aetatis cauſſam in Serviana definitione reliquam fecit. Sed & alterum hinc diſcrimen habes inter tutorem, & curatorem. Tutoris dandi cauſſa pupillaris tantum aetas: dandi curatoris alia etiam eſſe cauſſa poteſt: quod intelliges ex *tit.* 22. *h. Lib.* Denique tutoria poteſtas dicitur *jure Civili data ac permiſſa*: & *data* quidem jure ipſo ſine facto hominis, qualis *legitima* tutela eſt: *permiſſa* autem dari vel a teſtatore, quae *teſtamentaria*, vel a Magiſtratu, quae *dativa* nuncupatur. Et ecce tibi triplex tutelae genus.

§. III. IV. & V. Antiquiſſima omnium teſtamentaria, namque hujus exemplum dat Livius I., 14. ex teſtamento Regis Anci Marcii, cujus temporibus num ulla Lex extiterit de legitima tutela, non liquet, certe vero nulla extabat de dativa, uti mox. Jus iſtud patrium Romanorum in ſuas Tabulas Decemviri retulere. Eorum verba a J. Gothofredo reſtituta, haec ſunt, *Paterfam.*, *uti legaſſit* (h. e. teſtamento ſtatuerit) *ſuper pecuniae tutelaeve* (b) *ſuae rei* (c) (quo nomine

(a) *De* aedituo, & aeditumo *v. Gell. XII.*, 10.

(b) *Pro* pecunia tutelave *ex ingenio veteris linguae. V. Gruterum* CCCXLIII., 2.

(c) *De Noodtiana ejus loci emendatione v. noſtr. Obſ. jur.*, *III.*, 3.

Digitized by Google

mine & filiifam. veniebant, tanquam res mancipi) *ita jus eſto*. Quod igitur §. 3. *h. t.* ſcriptum eſt, parentibus permiſſum, liberis impuberibus, quos in poteſtate habent, teſtamento tutores dare, ad Leges pertinet XII. Tab.: id quod nominatim exprimit Gajus in L. 1. *pr. de teſt. tut.* Jam ex adſcriptis verbis tota conſtat ratio teſtamentariae tutelae. Tutoris teſtamentarii datio conſectaneum eſt patriae poteſtatis: Hinc mandari tutela dicitur jure patriae poteſtatis in L. *impuberi* 40. *de adm. tut.* Igitur nec mater, cujus nulla civilis poteſtas, neque emancipato pater recte dabit tutorem, L. 1. §. 1. *de confirm. tut.*: ſed Magiſtratus tutorem confirmat ſecundum mentem defuncti, defunctaeve, §. 5. *h. t.*, *d.* L. 1. §. 1., & L. 2. §. 1. Verum non omnia paria ſunt utroque caſu. A matre datum Magiſtratus confirmat ex inquiſitione, *d.* L. 2., h. e, ubi perſonam tutoris idoneam novit, *d.* L. 1. §. 2.; a patre datum emancipato confirmat *omnimodo*, *id eſt*, *ſine inquiſitione*, uti Tribonianus inquit *d.* §. 5. Cautius loquitur Modeſtinus, *d.* L. 1. §. 2., *Amplius nihil UT PLURIMUM inquirit qui praeeſt*: quandoque enim in tutorem inquiritur ut ut a patre inſtitutum, L. 4. *de teſt. tut.*, L. 8. 9. 10. *de conf. tut.*, L. 3. §. 3. *de adm. & peric. tut.* Porro a patre datum filio emancipato, licet exheredi ſcripto, confirmat Magiſtratus: datum a matre non aliter, quam ſi filius ſcriptus ſit heres, quaſi in rem potius, quam in perſonam datus videatur, L. 4. D., & L. 4. C. *de teſt. tut.*, in quam errore librarii negans particula irrepſit. V. noſtr. *Obſ. jur.* III, 12.: adeo praeſtat materno judicium patris. Quod de tutore a matre dato, idem de dato a patrono, aut quovis alio extraneo jus eſt, *d.* L. 1. §. 1. & 2. *de conf. tut.* Sed non quanti eſt patris judicium de tutela emancipatorum, tantidem eſt de liberorum naturalium tutela. Naturalibus pater tutorem non dabit, niſi in eas res, quas intra praefinitum Legibus modum (*v.* L. 2., L. 8., & *Auth. licet C. de nat. lib.*) dederit, reliqueritve: neque alias confirmabitur tutor. Id primus in jus invexit Juſtinianus in L. *ult. C. eod.* Ergo in iis, quae ſub nomine Hermogeniani leguntur in L. 7. *de conf. tut.*, *Naturali filio, cui nihil relictum eſt, tutor fruſtra datur a patre*; τὸ *cui nihil relictum eſt*, refer omnino inter emblemata Triboniani. Ejuſdem patriae poteſtatis conſectaneum eſt, ut non filiis ſolum, ſed & ceteris liberis dari tutor poſſit, niſi tamen hi, eo, cui ſuberant, mortuo, in poteſtatem recidant parentum ſuorum; *d.* §. 3.; nam quid tutore eſt opus ei, qui in poteſtate eſt patris? *pr. h. t.* Nihil autem intereſt, num jam natis tutor detur, an poſtumis, (quos, ubi eorum utilitas agitur, pro jam natis Lex habet) modo, ſi vivis parentibus naſcerentur, ſui heredes eſſent, §. 4. *h. t.*; non enim recte datur teſtamento tutor, niſi ſuo heredi, L. *quo tutela* 73. §. 1. *de R. J.*, excepta una Ulpiani ſpecie in L. *ſi hereditas* 10. §. 2. *de teſt. tut.* Demum teſtamento ſcribendus eſt tutor, *d.* §. 3.: & teſtamento datus intelligitur, qui codicillis teſtamento confirmatis eſt ſcriptus, L. 3. *eod.*

Digitized by Google

§. *eod.*: at ſive ex imperfecto teſtamento, ſive per epiſtolam datus indiget confirmatione: neque ei, ſi ſe velit excuſare, tempus, antequam confirmetur, cedit, *d. L.* 3. §. 1., & *L.* 2. *C. de conf. tut.*

TITULUS XIV.

Qui teſtamento tutores dari poſſunt.

PR. Tit. Quod filiusfam. in publicis cauſſis loco patrisfam. habetur, *L.* 9. *de his, qui ſui vel al.*: quodque tutela publicum munus eſt, *d. L.* 9., & *pr. tit. Inſt. de excuſ. tut.*; is etiam, qui in poteſtate eſt patris, dari ſive teſtamento, ſive a Magiſtratu tutor poteſt, *pr. h. tit.*, *d. L.* 9., ac *L.* 7. *de tutel.* Illud autem Ulpiani in *L. ſic eveniet* 21. *ad L. Jul. de adult.*, habere in ſua poteſtate non videri eum, qui non eſt ſuae poteſtatis, de eodem genere poteſtatis accipiendum eſt. Solius tutelae legitimae particeps eſſe filiusfam. nequit. Hunc pater gradu praeit: ea vero proximo tantum adgnato defertur, §. *ult. de cap. dem. h. Lib.*

§. I. Porro recte inſtituitur teſtamento tutor ſervus quum proprius, tum alienus. Et proprius quidem, ſive adſcripta, ſive non adſcripta libertate, liber ac tutor erit; quid eſt enim neceſſe adſcribere libertatem, quum ſit ſatis adſcribi tutelam, quae conſiſtere ſine libertate non poteſt? Sed num ſervo non adſcripta libertate tutori dato directa libertas competat, an fideicommiſſaria debeatur, venit in quaeſtionem. Tribonianus *h.* §. competere *directam* inquit. Id autem primum inſtituiſſe invita Juriſprudentia Juſtinianum, Cujacius putat. Movetur Valeriani, & Galieni reſcripto in *L.* 9. C. *de fideic. libert.*, *Et ſi non adſcripta libertate teſtator ſervum ſuum tutorem filiis ſuis dederit, receptum eſt, ut per fideicommiſſum manumiſiſſe eum videatur.* At id tamen fuiſſe veteri jure comprehenſum, teſtis eſt Juſtinianus in *L.* 5. *pr. C. de nec. ſerv. her. inſt.*, ubi inveniſſe ſe illud jure Civili inductum ſcribit: teſtis eſt etiam Paulus in *L. quaero* 32. §. 1. *de teſt. tut.*, ubi Erotem ſervum non adſcripta libertate tutorem datum eſſe liberum inquit *ab adita hereditate*: quod certum eſt libertatis directae argumentum. Quid quod libertatem iſtam antiqui juris ratio eſſe fideicommiſſariam non patitur? Multus eſt in hac re A. Faber *Conject. VI*, 16. At enim contra reſcriptum a Valeriano, & Galieno. Video, quam difficile ſit nodum hunc juris extricare. Et ego quidem ſubſiſto; neque enim adhuc reperi quidquam, in quo mihi poſſim placere: nec quidquam probo eorum, quae commenti ſunt alii. V. Connan. *Comm. II*, 4., Cujac. *Obſ. XVIII*. 5., A. Fabr. l. c., Charond. *Veriſim.* I, 21., Fr. de Amaya *Obſ.* 17., & Otton. in *h.* §. Hic unum id moneo, ne aut τὸ *directam* ex *h.* §. expungas cum Giphanio, aut τὸ *per fideicommiſſum* cum Fabro eradas ex *d. L.* 9.; utrumque eſt enim contra omnium exempla-

Digitized by Google

plarium fidem. Jam vero ſervo proprio tutori dato ita demum tacita libertas competit, ſi eum teſtator ſciens liberum dedit tutorem; nam ſi per errorem putabat liberum, nec peti libertas poteſt, nec libertatis praeſtationi patrocinatur tutela; namque ita de voluntate teſtatoris conjecturam Lex facit, teſtatorem, ſi quem tutorem dedit, ſervum ſciſſet, haud fuiſſe ſcripturum tutorem, *h. §.*, *L. ſi quis 22. de teſt. tut.*, & *L. generaliter 24. §. 9. de fideicom. lib.* Alienus ſervus pure inutiliter teſtamento datur tutor, utiliter autem ſub conditione, *quum liber erit*, *d. §.*, quod non videatur poſſe tantum licere teſtatori in aliena, quantum in propria licet. Verum hoc ſubtile jus eſt: illud aequius, quod Ulpianus tradit in *L. ſi hereditas 10. §. 4. de teſt. tut.*, etſi alienus ſervus pure datus ſit, videri ineſſe conditionem, *quum liber erit*. De eo ne ambigas, proprium ſervum ſub ea conditione tutorem datum nec liberum eſſe, nec tutorem, *d. §.*; quis enim majores agat nugas, quam qui fortunae committit, quae ſui arbitrii ſunt?

§. II. Demum furioſi, aut minores ſive pure, ſive ſub conditione, *quum ſapere*, aut *majores eſſe coeperint*, recte tutores dantur; administratio tamen tutelae in id tempus confertur, quum deſierint furere, aut minores eſſe, *h. §.*, *d. L. 10. §. 3.*, & *L. quaero 32. §. 2. de teſt. tut.*

§. III. & IV. Accipe nunc regulas tres de modo dandi tutoris. Prima eſt, poſſe teſtamentariam tutelam a certo tempore, & uſque ad certum tempus, itemque ſub conditione, & uſque ad conditionem dari, *§. 2. h. t.*, & *L. tutor 8. §. 2. eod.* Secus eſt de tutela dativa, quae utpote actus legitimus nec diem recipit, neque conditionem, *L. muto 6. 1. de tut.*, *L. 7. de R. J.* Accedit, quod dilata, ſuſpenſave teſtamentaria tutela, interim conſuli pupillis per Magiſtratum poteſt, dilata vero ſuſpenſave tutela dativa, non eſt qui proſpiciat pupillis. Secus eſt etiam de tutela legitima, quippe quae defertur Lege, cujus eſt proprium ſimplicia & generalia cavere ſine diei, conditioniſve adjectione. Secunda eſt, poſſe tutorem & poſt, & ante heredis inſtitutionem ſcribi, *d. §. 3.*: quod ab antiqua Juriſprudentia fortaſſe pupillorum favor extorſit, quum tamen ea ante heredis inſtitutionem nec legari ſineret, nec dari libertatem, *§. 34. de leg. Lib. II.* Ita major fuit pupillorum gratia, quam libertatis. Quam propoſitae regulae rationem repetunt vulgo ex *L. tutores 7. de teſt. tut.*, ea hercle inepta eſt. V. noſtr. *Obſ. III, c. ult.* Tertia eſt, certae rei, vel cauſſae teſtamento dari tutorem non poſſe: nec, ſi datus ſit, dationem ullo modo valere; nam tutor perſonae, quae individua eſt, non rei, vel cauſſae datur, *§. 4. h. t.*, *L. certarum 12.*, *L. 13.*, & *14. eod.* Veniunt igitur bona omnia in acceſſionem perſonae adeo ut perſonae dari tutor deductis rebus non poſſit, *d. L. 12.* In *L. 15. de teſt. tut.*, & *L. 27. de tut. & cur. dat.* v. noſtr. *Obſ. II, 10.*

§. V. Noviſſime ſciendum, qui filiabus, filiiſve ſuis tutores dederit,

rit, videri eum liberis primi tantum gradus dediſſe; qui vero dederit liberis, dediſſe videri etiam nepotibus neptibuſque, & ſic deinceps aliis: & porro filiorum, liberorumve nomine poſtumos, poſtumaſve, & nomine poſtumorum filios aeque, ac ceteros liberos comprehendi, *h. §.*, & *L. quid ſi 6. de teſt. tut.* (*a*). Liberi Romanis dicti quicumque non ſervi in poteſtate patrisfamilias eſſent, puta, filii, nepotes &c. eoque nomine ſecreti a ſervis, qui pariter cum illis erant in poteſtate. Sed filiorum anguſtior, quam liberorum ſignificatio fuit, ut hic, & in *d. L. 6.*, niſi quum voluntatis conjectura aliud ſuaſit. Spectat huc Pauli locus in *L. 84. de V. S.*, *Filii appellatione omnes liberos intelligimus*: ubi pro *omnes* legere *homines*, quod quidam faciunt invitis omnibus libris, temerarium eſt. Quae autem ratio ſit dignoſcendae anguſtioris; latioriſque filiorum ſignificationis, diu multumque quaeſitum eſt. V. Alciatum *Paradox. III*, 14., Vertran. Maurum. *De jur. lib. c.* 42., atque Interpretum Commentarios in *d. L.* 84., in *L. juſta* 201., & in *L. liberorum* 220. §. 1. *eod.* Eadem voluntatis conjectura interdum facit, ut *filiae* appellatione non veniat poſtuma, ut in legato filiae relicto, nulla uſquam in teſtamento poſtumae mentione facta, *L. qui filiabus* 17. *de leg.* 1.; eſt enim legatum ex ſingulari benevolentia, quae plerumque certas egredi perſonas non debet.

TITULS XV.

De legitima adgnatorum tutela.

SEcunda tutelae ſpecies dicitur *legitima*, quod *ex Lege aliqua deſcendat* (Ulp. *Fragm. XI*, 3.) ſine ullo hominis facto: quod eſt apud Ulpianum omnino ſubaudiendum; namque etiam teſtamentaria deſcendit ex Lege XII. Tab., quae dari teſtamento tutores permiſit: quo ſenſu teſtamentarii quoque *legitimi* dicti. Ulp. §. 2. & 14., Conſtantin. *L.* 7. *C. Th. de navic.* Lex autem, unde legitima tutela deſcendit, *per eminentiam* eſt Lex XII. Tab. (*a*), quae aut *propalam*, i. e. verbis ipſis, aut *per conſequentiam*, i. e. ex interpretatione tutores introduxit. Ulp. *d.* §. 3. Introducta propalam fuit tutela adgnatorum, de qua verba haec ſunt *Tab. V.*, *Si paterfam. inteſtato moritur*, *cui impubes ſuus heres eſcit*, *adgnatus proximus tutelam nancitor*, i. e. prehendito: quo loco inteſtatus dicitur is etiam, ex cujus teſtamento

 nul-

(a) *Sub finem d. L. 6.*, *unde hic §. deſcriptus eſt*, *pro* poſtumis, *Norica Haloandri edito habet* poſteris. *Sed priorem lectionem Theophili Paraphraſis in h. §.*, *ac Libri omnes tuentur*. *V. Alciatum Parerg. VIII*, 13., *& Jan. a Coſta in* §. 4. *tit. praeced.*

(a) *Quum multis in locis Librorum juris*, *tum in* §. 2. *h. t.* Lex *eſt Lex XII. Tab. Verba* XII. Tab., *quae habent ibi Codices quidam*, *interpretamentum eſſe ne ambigat*.

TITULUS XVI.

De capitis deminutione.

PR. Tit. §. IV. & V. *Caput* proprie eſt perſona Hinc duo illa, *Servi caput non habent*, *Servi non habent perſonam* promiſcua ſunt in Libris juris. Sed utriuſque vocabuli duplex eſt ſignificatio; namque aut hominem ipſum, aut ſtatum hominis deſignat. Poſteriore hoc ſenſu ſervi non habent perſonam: unde ἀπρόσωποι Theophilo dicti *pr. tit. de ſtip. ſerv. Lib.* III.: item *caput non habent*, ac *pro capite*, h. e. pro futuro libertatis ſtatu argentum, aliudve dominis polliceri ac numerare dicebantur. Plaut. *Rud. IV*, 2. 24., Senec. *ep* 8. Priore illo *ſervilem perſonam* Ulpianus *L.* 21. *de R. J.*, & *ſervile caput* Paulus dixit *L.* 3. §. 1. *de cap. minut* Hoc Tit. caput ſtatus eſt. Porro minuere ſonat quandoque idem, quod mutare. Terent. *Hecyr. IV*, 3. 10., Paul. L. 17. *de oper. lib.* Idque omnino ſonat hoc loco, contra quam putaſſe videtur Hotomanus; nam capitis deminutio definitur *prioris ſtatus commutatio*, *pr. h. t.*, & L. 1. *de cap. minut.* (*a*). Τῶ *ſtatus* in jure anguſtior ſignificatio eſt, quam in communi conſuetudine Latinorum. Servum, qui manumittitur, & Senatorem, qui Senatu movetur, quis Latine non dixerit ſtatum mutare? At Tribonianus tamen §. 4. & 5. inquit, illum non mutare ſtatum, quod ſtatum non habebat: huic vero dignitatem *magis* quam ſtatum permutari, h. e. dignitatem, non ſtatum. Τὸ *magis* quandoque accipitur θετικῶς, *poſitive*, non συγκριτικῶς, *comparate*. Exempla ſunt in §. 1. *quib. mod. re contr. obl.* Lib. III., L. *ſed ſi* 11. §. 6. *de inſt. act.*, & L. *in metallum* 12. *de jur. fiſci*. Pulcherrimum Diogenis Laertii teſtimonium de hac re habes apud Cujac. in *d. L.* 12., & *Obſ.* II, 39. Igitur ſtatus hoc loco eſt aut libertatis, aut civitatis, aut familiae, iſque proprie ſtatu mutatur, qui aut libertatem, aut civitatem, aut familiam, ſeu adgnationem amittit (*b*). Pro triplici iſto ſtatu triplex eſt capitis deminutio,

(a) *Quid ſit apud Ulp. L.* 1. §. 8. *ad Tertull.* capitis minutio ſalvo ſtatu contingens, *belle explicat Ger. Noodt Obſ.* II, 22.

(b) *Petrus Nannius Miſcell. IX*, 12., *& Heineccius Antiqu. ad h. tit.* §. 1. *capitis deminutionem derivant e cenſu Romanorum; quemadmodum enim capite cenſus Romae dictus, qui nullo modo aut perquam parvo aere cenſebatur, uti Gellius inquit Noct. XVI*, 10., *quod nihil, aut prope nihil praeter caput nomenque liberi hominis & civis deferret incenſum: ita ſervus, aut peregrinus, aut filiusfam.* capite deminutus, *vel, ut Horatius loquitur Carm.* III, 5. *v.* 42., capitis minor *eſt appellatus, quod ne capite quidem poſſet cenſeri. Verum ut iſta dici pulcre queant de ſervo, aut peregrino, certe nequeunt de eo dici, qui vel filiusfam. eſt natus,*

nutio, maxima, quae ſamiliam, civitatem, & libertatem: media; quae, ſalva libertate, ſamiliam, & civitatem: minima, quae ſolam perimit adgnationem. Quod Romani quandoque ſtatum dividebant in privatum, & publicum, hinc orta illa capitis deminutionis partitio in *magnum*, & *minorem*, L. 1. §. 4. *de ſuis, & leg.*, L. 1. §. 8. *ad Tertull.*, L. 5. §. *ult. de extraord. cogn.* Sed res eodem redit. V. Cujac. *Obſ. XV*, 33.

§. I. Maxima capitis minutio eſt ſervitus ſive poenae, de qua actum in §. 3. *quib. mod. jus patr. pot. ſol.*, ſive quaevis alia ſecundum ea, quae dicta ſunt in §. 3. & 4. *de jur. perſ.* Propria eſt hujus loci libertorum revocatio in ſervitutem ex animi ingrati cauſſa. Inde uſque ab Auguſto Lex Aelia Sentia ingrati actionem patronis dederat adverſus libertos, L. *ſi quis* 30. *pr. qui & a quib. man.*, & L. *ſciendum* 70. *de V.S.* Sed de revocandis in ſervitutem libertis *ingratis*, *& de quibus quererentur patroni*, primum fuiſſe ſub Claudio cautum, auctor eſt Suetonius in *Claud. c.* 25. Hunc vero nimium generaliter loquutum, recte animadvertunt Cujacius *Obſ. X*, 33., & Jac. Gothofredus in L. *un. L. Th. de her. pet.* Ex certa tantum cauſſa illud Claudium juſſiſſe, ſeribit Marcianus in L. *Divus* 5. *de jur. patr.*, puta, ſi quis libertus *probatus fuerit patrono delatores ſummiſiſſe, qui de ſtatu facerent ei quaeſtionem:* in quibus verbis τὸ *probatus fuerit*, ſatis mihi indicio facit, fuiſſe id a Claudio in modum Legis conſtitutum, non ita judicatum ab eo praeter leges moremque Romanorum, uti Lipſius putat in *Tacit. Annal. XIII*, 26. Quod eſt apud Tacit. l. c., Neronianis temporibus efflagitatum in Senatu, ut adverſus male meritos libertos *revocandae libertatis jus patronis daretur;* id eſt argumento, Claudianam Conſtitutionem non aliam ſpectaſſe cauſſam, quam quaeſtionis de ſtatu patrono factae: quod autem ſequitur apud Tacitum, nihil aliud laeſo patrono conceſſum ad eum diem, quam ut libertum relegaret (*c*), id ad alias minores ingrati animi cauſſas pertinebat. Quid quod revocandae libertatis jus Claudiana Conſtitutio Principi reſervavit: iu Senatu vero ſub Nerone actum, ut quemadmodum libertos patroni jam antea relegabant jure ſuo, ita dein ſuo quoque jure detruderent in ſervitutem: quod & à pleriſque in Senatu, & mox a Nerone ipſo negatum, Tacitus narrat *c.* 27.? Eſt id rectiſſime animadverſum a Raevardo *Conject. I*, 11., collatiſque Suetonii, Marciani, ac Taciti locis apertiſſime liquet. In L. 6. *de in integr. reſt.*, L. 21. *quod met. cauſſ.*, L. 6. *de adgnoſc. lib.*, L. 98. §. *ult. de ſolut.*, & L. 12. C. *de oper. libert.* v. Cujacium & Gothofr. laudatis locis, ac Petit. *ad LL. Att. III*, 6.

ſub

tus, vel e filio paterfam. factus per emancipationem: Hic cenſum ſuo nomine profitebatur, & erat tamen capite minutus: profiteri ille non poterat, nec tamen capite minutus dicebatur.

(c) *In locum hunc Taciti de liberti relegatione vide quid commentetur J. Gothofredus in d. L. un.*

ſub finem, Claudio praeluxiſſe videntur Athenienſes, apud quos convictus a patrono libertus ingratus jure libertatis exuebatur. Patroni formulam dat Val. Maximus II, 1., *Superſedeo te habere civem tanti muneris impium aeſtimatorem: nec adduci poſſum ut credam urbi utilem, quem domi ſceleſtum cerno. Abi igitur & eſto ſervus, quoniam liber eſſe neſciſti*. Similia de Maſſilienſibus ſubdit. Eſt ea formula a Val. Maximo conficta, eaque id habet vitii, quod manumiſſos Athenis cives ponat. V. Petit *ad LL. Att.* l. c., & a nobis dicta in §. 1. *de libertin.*

§. II. Media eſt aquae & ignis interdictio, vel in inſulam deportatio, §. 2. *h. t.* Temporibus Reip. liberae criminoſis quibuſdam ſive in certum tempus, ſive in perpetuum, atque aliis intra pomoerium, aliis paulo, multoque longius, ut diverſa delicti ratio poſtulabat, aqua & igni interdicebatur, Manut. *De Leg. Rom. c.* 19. Quod duae hae res, aqua & ignis, maxime continent vitam, aqua & igni interdicere erat idem atque interdicere omni humana ope: unde ea poena damnatis *tecto* interdictum: quique eos excepiſſet, tenebatur Lege Julia de vi privata. Cic. *pro dom. c.* 30., Paul. *Sent. V*, 26. 3. Inſtituta primum ea interdictio fuit, ut quos non expedire videbatur cives eſſe, ii ſolum vertere cogerentur neceſſaria ſibi ad vitam quaeſituri, ac tandem in aliam civitatem recepti facto ſuo deſinerent eſſe cives; ita enim Romae jus erat, nemini invito adimi civitatem poſſe, civem ipſum fieri auctorem oportere; nec ante amittere civitatem, quam in aliam reciperetur; nam nemo eſſe poterat duarum civitatum. Cic. *pro Caecin. c.* 33., & *pro dom. c.* 29. 30., & 81. V. Briſſon. *Antiqu.* III, 5., & Huber. *Obſ. jur.* III, 8. Ingens interdictorum numerus Auguſto Remp. obtinenti metum incuſſit, ne facto agmine in imperium irrumperent. Metum excuſſit Livia virum hortata apud Dionem *Lib. LV.*, ut errones illos e lata fuga compelleret in certum locum. Liviae conſilium probavit Auguſtus edita in eam ſententiam Lege apud eundem Dionem *Lib. LVI.* Atque hinc deportatio, quae in locum interdictionis aquae & ignis ſucceſſiſſe dicitur Ulpiano in *L.* 3. *ad L. Jul. pec.*, & *L.* 2. §. 1. *de poen.* At quo ſenſu? V. Huber. *Obſ.* III, 9., Schulting. in *Gajum Inſt. I*, 6. 1., & noſtr. *jur. Obſ. I*, 19. Quod vero ſub Imperatoribus de veteri Civium Romanorum ſanctitate multum deceſſit, factum eſt, ut quae civitas olim nonniſi auctore ipſo cive amittebatur, ei invito per interdictionis ac deportationis ſententiam adimeretur. Igitur (quod vos ego monitos volo contra Heineccium *Antiq. ad h. t. n.* 10.) accuratiſſime pro ſuorum temporum ratione a Paulo, & Triboniano dictum, interdictione, ac deportatione civitatem amitti, L. *ult. de cap. min.*, *L.* 2. *de publ. jud.*, *d.* §. 2. *h. t.* V. Huber. *d. c.* 8. De Calliſtrato, qui utraque ea poena amitti libertatem inquit in *L.* 5. §. *ult. de extr. cogn.*, v. noſtr. *jur. Obſ.* III, 16.

§. III. Minima eſt aut adrogatio, aut emancipatio, h. §., *L. pertin.* 2. §. 2., & L. 3. §. 1. *de cap. min.* Adrogatione familiam mutari,

Digitized by Google

ri, exploratiſſimum eſt: emancipatione etiam mutari familiam', non obſcuri eſt juris. Nimia igitur & miſera fuit diligentia Pauli rationem, cur emancipati minuerentur capite, repetentis ex imaginaria ſervili cauſſa, in quam illi deducebantur, *d.* L. 3. §. 1.: nec minor incuria Triboniani, qui poſt abolitam Anaſtaſiana Conſtitutione veterem illam imaginem ſervitutis, eam rationem inſeruit in Pandectas. V. quae adverſus Vinnium diſputat Huber *Obſ.* III, *6*.

§. VI. & VII. Eſt nunc opportunum ea explicare, quae Tribonianus habet §. 3. *tit.* praecedentis. Jus adgnationis omni vel minima capitis deminutione *plerumque* perimitur. Tò *plerumque* ſpectat ad novas Conſtitutiones, quae jus adgnationis minima capitis deminutione perire non patiuntur. Dicam de ea re in *tit. de S. C. Orphit. Lib. III.* At vero jus cognationis *non omnibus modis commutatur*, *d.* §. 3., h. e. minima non perimitur, licet maxima & media perimatur, §. *6. h. t.* Ratio diſcriminis eſt, quia adgnatio eſt nomen juris Civilis: cognatio naturale nomen eſt; civilis autem ratio civilia quidem juria corrumpere poteſt, naturalia *non utique*, *d.* §. 3. Οὐ πάντως, habet Theophilus, i. e. *non omnino*, puta, non capitis deminutione minima; Verum ſi cognatio naturale nomen eſt, erit certe illud prorſus, quod in L. *jura* 8. *de R. J. jus ſanguinis* appellatur: hoc vero *nullo Civili jure*, proinde ne media quidem, aut maxima capitis deminutione, *dirimi poſſe* dicitur eo loco. Poterat Tribonianus *d.* §. *3*. explicatius loqui. Probabile eſt autem, quod optimi quique ejus Interpretes ajunt, cognationem ibi non natura ſpectari, ſed quantum pertinet ad Leges, ſeu ad effectus civiles, quales ſunt tutelae, hereditates, bonorum poſſeſſiones, L. *is, qui* 2. *D, und. cogn.*, L. *Juriſconſultus* 10. §. 5. *de grad.*: quo eodem ſenſu inquit Tribonianus *d.* §. *6.*, cognatum ſervum factum manumiſſione *non recipere cognationem*. Interpretabor id in §. 10. *de grad. cogn. Lib. III.* Poſt *Nov.* 118. *c.* 4. & 5., quod nullum diſcrimen eſt reliquum inter adgnatos, & cognatos, minima capitis deminutio legitimae tutelae non nocet. Jam adgnati jure antiquo, cognati etiam jure noviſſimo, ſi proximi ſunt, ad tutelam vocantur, ac ſi plures ſunt ejuſdem gradus, ſimul omnes, §. 3. *h. t.*, L. *ſi reliquero* 8., & L. 9. *de leg. tut.*: quod idem de hereditate jus eſt, §. 5. *de leg. adgn. ſucceſ.* In legitimis autem & in his, qui a Magiſtratibus dantur, quaeſitum eſſe ſcribit Ulpianus in L. *legitimos* 5. §. 2. *eod.*, an uni decerni tutela poſſit? Et ex ſententia Labeonis ſubdit, *uni recte tutelam decerni; poſſe enim aliquos vel abſentes; vel furioſos eſſe:* eamque *ſententiam utilitatis gratia admittendam: ut uni decernatur adminiſtratio*, periculo tamen omnium, L. 2. *C. eod.* Idem & in cognatis ſervari voluit Juſtinianus *d. Nov.* 118.

TI-

Digitized by Google

TITULUS XVII.

De legitima patronorum tutela.

QUod Lex XII. Tab. hereditatem libertorum libertarumve inteſtato decedentium deferebat nominatim patronis liberiſve eorum, Prudentes *legitimam* patronorum, liberorumve eorum tutelam, ſi impuberes ſervi manumitterentur, introduxerunt *per conſequentiam*, ut in *Fragm.* inquit Ulpianus, i. e. argumento ducto ab hereditate ad tutelam; quo eodem argumento in deferenda adgnatis tutela uſos jam antea Decemviros dixi. Quid quod patroni jure adgnatorum cenſebantur? Dicam de ea re in *pr. tit. de ſucceſ. liber. Lib. III.* Vides, *legitimum* dici non illud ſolum, quod ex verbis, ſed & illud, quod ex ſententia Legis eſt, *h. t.*, & *L. nominis 6.* 1. *de V. S.* Quod ſi qua mulier impuberem ſervum manumittat, vocatur quidem ipſa ad hereditatem, non item ad tutelam; *h. t.*, *L.* 1. §. 1., & *L. tutela* 3. §. 4. *de leg. tut.*; nam tutela virile munus eſt, & *ultra ſexum femineae infirmitatis*, uti loquitur Imp. Alexander in *L.* 1. *C. quand. mul. tut. off*: idque jus Romae fuit non ſolum ante tempora Juſtiniani, quum femina ob ſexus infirmitatem in perpetua tutela erat, ſed Juſtinianeo etiam aevo, quum feminae aeque ac maris tutela pubertate finiebatur; Juſtinianus enim matri tantum & aviae, ſi renunciarent Vellejano, ſibique a ſecundis nuptiis temperarent, primus tutelam permiſit jure ſingulari, *Nov.* 94. *c.* 2., & *Nov.* 118. *c.* 5. Tutela P. Ebutii mortuis tutoribus a Duronia matre, ac vitrico geſta apud *Liv.* XXXIX, 8., praeter jus moremque fuit; nec geri alias potuit, quam clandeſtina matris ac vitrici fraude, V. Huber. *Obſ. III*; 11. De tutelis libertorum Leges feciſſe Antoninum Philoſophum, teſtis eſt in ejus *Vita* Capitolinus *c.* 11.; ſed de illarum ſententia non liquet.

TITULUS XVIII.

De legitima parentum tutela.

QUod parentes olim remancipatos ſibi a fiduciario patre liberos manumitterent, tanquam ſervos, uti Lactantius inquit *IV*, 3., ſicque patronorum loco eſſent: qua de re v. dicta in §. 6. *quib. mod. jus patr. pot.*; exemplo patronorum recepta eſt legitima parentum tutela, ſi filios filiaſve, nepotes neptesve ex filio, ac deinceps impuberes emanciparent, *h. t.*, *L. tutela* 3. *de leg. tut.* Hanc tutelam Ulpianus *XI*, 5. *fiduciariam* vocat a veteri fiducia, de qua in *d.* §. 6. Proprie legitima non eſt; nam neque propalam defertur Lege XII. Tab., neque per conſequentiam, quum non ut patroni ad heredita-

Digitized by Google

tem libertorum, ita parentes ad liberorum emancipatorum hereditatem ea Lege invitarentur. Sed ubi primum coepit legitima liberorum emancipatorum hereditas parentibus deferri, de quo jure latiſſime Vinnius in §. *ult. de leg. adgn. ſucceſ. Lib. III.*, legitima quoque parentum tutela moribus recepta eſt.

TITULUS XIX.

De fiduciaria tutela.

Fiduciaria tutela eſt, quam aut pater avo mortuo ſuſcipit filii ſui ab avo emancipati, aut patruus fratris filii emancipati, aut patre defuncto frater natu major fratrum vel ſororum, *h. t.* Tres ſunt igitur veluti gradus fiduciariae tutelae: Quod vero in *L.* 4. *de leg. tut.* ejus tantum fiduciariae tutelae mentio eſt, quae imponitur fratri, neque ulla eſt in reliquis Libris juris ſive ejus, quae patri, ſive ejus, quae patruo defertur; illam unam adgnoſcunt nonnulli, expunguntque adeo ex *h. t.* verba, *filiorum ſuorum, & ceterorum*. Sed & veterum Librorum, & Theophili auctoritas obſtat. Porro quaedam eſſe in Inſtitutionibus, quae nuſquam alibi, & boni earum Interpretes obſervarunt, & nos demonſtravimus *Diſſ. IX. Atqui patrono legitimo tutore mortuo, liberi quoque ejus legitimi ſunt tutores*. Objicit id ſibi Tribonianus; ſi enim patrono mortuo liberi ejus legitimi ſunt tutores liberto, cur patre mortuo liberi ejus filio manumiſſo tutores ſunt fiduciarii? Reſpondet, *quoniam filius quidem defuncti, ſi non eſſet a patre emancipatus, poſt obitum ejus ſui juris effiecretur, nec in fratrum poteſtatem recideret, ideoque nec in tutelam: libertus autem, ſi ſervus manſiſſet, utique eodem jure apud liberos domini poſt mortem ejus futurus eſſet*. At vera quidem eſt ratio Triboniani, ſi pater emancipavit: falſa, ſi avus; nam niſi nepotem avus emancipaſſet, is in poteſtatem patris recidiſſet, & tamen pater filii ſui impuberis ab avo manumiſſi fiduciarius tutor eſt: & fruſtra pro Triboniano diſputat Joſ. Nerius *Analect. II*, 17. Vera diſcriminis ratio haec eſt, quod Lege XII. non ut liberi patroni, ſic pater, vel frater ad filii vel fratris ab avo vel patre manumiſſi legitimam hereditatem vocantur, *L.* 1. *und. leg.*, *L.* 5. *und. cogn.* Hinc legitima emancipati fratris hereditate per Anaſtaſium fratri delata: tum cognatico jure ad adgnatici formam per Juſtinianum redacto; qui olim *fiduciarii*, videntur *legitimi* facti.

TI-

Digitized by Google

TITULUS XX.

De Atiliano Tutore, & eo, qui ex Lege Julia & Titia dabatur.

PR. Tit. §. I. & II. Si nulli ſint teſtamentarii, aut legitimi tutores, locus erit *dativis*, quos Magiſtratus decernit. Inſtitutum id primum fuit Lege Atilia (a), quae certe antiquior anno U. DLXVII., quo anno Fecennia Hiſpala tutorem a Magiſtratu petiiſſe Livio dicitur XXXIX, 8.: & fortaſſe a L. Atilio Regulo Tribuno Pl. eſt lata an. CCCCXLIII. V. Heinec. in *Antiqu. ad h. t.* Dabantur eo Plebiſcito tutores a Praetore Urbano, ac majore parte Tribunorum Plebis, (hi tum erant decem) ſed tantum *Romae* (b). Ulp. *Fragm. XI*, 18., Trib. *pr. h. t.* In Italia datos a Magiſtratibus municipalibus, h. e. in Praefecturis a Praefectis, in Coloniis & Municipiis a Duumviris, ait Ulp. in *L. 3. de tut. & cur.* At quo jure? Moribus; ſequitur enim apud Ulp., *eoque jure utimur*: quo verbo ſaepe explicatur jus moribus introductum, *L. 4. in quib. cauſ. pign.*, §. 4. *h. t.* Ego ſic facio conjecturam, Lege Atilia Romae perlata morem illum in totam Italiam manaſſe ſecundum illud Juliani in *L. 35. de leg.*, de quibus cauſſis ſciptae Leges non ſunt, *ſi* alia deſint omnia, jus, quo Urbs Romana utitur, ſervari oportere. Tandem Romana potentia extra Italiam propagata, Atilianum jus fuit ad Provincias productum, dandorumque tutorum poteſtas Praeſidibus data Lege Julia, & Titia anno DCCXXII. Auguſto III, & M. Titio M. F. Rufo Coſs., uti belle conjicit Henr. Valeſius ad *Excerpt. Peireſc. p. 61.* (c). Ex iis Legibus decernitur a Magiſtratu tutor, ſive quum nullus teſtamentarius, legitimuſve tutor, neque ulla alterutrius ſpes eſt, *pr. h. t.*: ſive quum ſpes eſt quidem alterutrius; interim vero aut conditio dieſve pendet teſtamentariae tutelae, aut pure ſcripto tutore nullus ex teſtamento heres exiſtit, aut tutor captivus eſt hoſtium, aut Reip. cauſſa abeſt, §. 1. & 2. *h. t.*, *L. ſi quis 11. de teſt. tut.*, L. *ſi tutor 9. de tut. & rat. diſtr.*, & L. 1. *C. in quib. cauſ. tut.* Sit autem regulae loco quod Ulpianus habet *d. L. 11. pr.* §. 1. & 2., quandiu teſtamentaria tutela ſperatur, legitimam ceſ-

(a) *Pleraeque Inſtitutionem Juſtiniani, ac Fragmentorum Ulpiani editiones habent* Atilia, *non, ut quaedam paucae,* Attilia. *Nulla quoque eſt elementi geminatio in antiquis titulis, numiſque Atiliae gentis, V. Fulv. Urſin. in Famil. Rom.*

(b) Tantum Romae, *inquit Ulpianus*: in urbe quidem Roma, *Tribonianus. Quis nunc ferat Ev. Otonem ſcribentem, Lege Atilia Romae, & municipiis Italiae conſultum?*

(c) *Julia & Titia una Lex eſt ſub duplici nomine ab utr:que Conſule accepto. Vel uno Legis Juliae & Papiae exemplo Theophilus Juliam a Titia ſeparans refellitur ſatis.*

ceſſare: ac devoluta ſemel ad teſtamentarium tutela, ſi hic deinde excuſatus ſit, vel remotus, in locum hujus dandum tutorem, non ad legitimum redire tutelam. Aliud jus eſt tutela jure ipſo ſinita, V. dicta in *t.* 15. §. 2. Aliquid ad eas Leges acceſſiſſe ex SCtis, indicium facit *d.* L. 11. §. 3.

§. III. & IV. Stetit Romae Atilia Lex uſque ad Claudium. Primus hic *ſanxit, ut pupillis extraordinem tutores a Conſulibus darentur,* Suet. in *Claud. c.* 23. Addit Tribonianus §. 3. *ex inquiſitione*, de qua mox. Tutoris a Conſulibus dati Plinius meminit *Epiſt. IX*, 13.: ſicque jus fuit uſque ad tempora M. Antonini Philoſophi, qui, quum Conſules novis in dies gravioribus negotiis diſtinerentur, *Praetorem tutelarem primus fecit*, Capitolin. in *M. Antonin. c.* 10. Factum ei nomen non a tutela Urbis, unde & tutelarium Deorum nomen, uti perridicule Pitiſcus in *Lex. Antiqu.*, ſed a tutoribus dandis. Ejus frequens mentio in antiquis titulis, V. Caſtalion. *Var. lect. c.* 2., Reines. *Inſcrip. VI*, 4., & Fabret. *Inſcr. c.* 2. *p.* 100. Ita jus dandorum tutorum rediit ad Praetorem, ſed eum tamen alium ab Urbano. Novi poſt L. Atiliam juris ratio haec redditur a Triboniano, *nam ſupradictis Legibus neque de cautione a tutoribus exigenda rem ſalvam pupillis fore, neque de compellendis tutoribus ad tutelae adminiſtrationem quidquam cavebatur*. Verum quod duo iſta in antiquis Legibus deſiderabantur, facere id quidem poterat, ut nova Lege, quod deerat, ſuppleretur; non item ut dandi tutoris jus transferretur in alium Magiſtratum. Cauſa, cur poſterius hoc fieret, eſſe debuit omnino incuria Praetoris, Tribunorumque Plebis. Porro ingenue fateor, vix me intelligere, quod ſcriptum eſt §. 3., deſiiſſe *ex his Legibus*, h. e. Atilia, & Julia ac Titia, tutores dari, poſtquam hi dari primum a Conſulibus, tum a Praetore tutelari coeperunt. Num a Conſulibus, aut Praetore tutelari etiam in Provinciis dati tutores? Omnes interpretes tacent. Sed accuſata Triboniani negligentia, omnis tibi ex animo ſcrupulus eximetur.

§. IV. & V. *Sed hoc jure utimur*, inquit §. 4. Tribonianus, *ut Romae quidem Praefectus Urbi* (ſubaudi, extra ordinem), *vel Praetor* (tutelaris) *ſecundum ſuam juriſdictionem* (h. e. ſecundum officium ſuum, L. 2. *C. de confir. tut.*, L. 3. *C. qui petant tut.*): *in Provinciis autem Praeſides ex inquiſitione tutores crearent, vel Magiſtratus* (municipales) *juſſu* (d) *Praeſidum, ſi non ſint magnae pupilli facultates*. Verba *hoc jure utimur* ejus eſſe, unde iſta ſunt a Triboniano negligentiſſime deſcripta, ſuſpicatur Hotomanus. Et vero quum iſta ſcribebat Tribonianus, jam prodierat nova Juſtiniani Conſtitutio, de qua mox. Iis autem verbis jus moribus inſtitutum ſignificari, jam dixi. Falſus eſt Cujacius, qui jus dandi tutoris Praefecto Urbi datum putat Conſtitu-

(d) Juſſu, *ſeu* praecepto, *uti Paulus loquitur in L. Lucius* 46 §. 6. *de adm. tut.*, *non mandata juriſdictione. At qua re differunt iſta inter ſe?* *V. Noodt. De juriſd.* II, 8.

Digitized by Google

tutione Valentiniani, Theodoſii, & Arcadii in *L. 1. C. de tut. vel cur. illuſtr. perſ.*: primum quia de tutore *clariſſimis* tantum perſonis dando agitur ea Lege: tum quoniam Praefectum Urbi adhibere in eam rem Senatores decem, ac Praetorem tutelarem, jubent Imperatores: apud Tribonianum vero ſolus aut Praefectus, aut Praetor tutorem dat: demum quia aevo Triphonini, qui eos Imperatores longa aetate praeceſſit, dabantur Romae tutores vel a Praefecto Urbi, vel a Praetore, *L. Titius 45. §. 3. de excuſ. tut.* Permiſit tandem Juſtinianus, *nec expectata juſſione Praeſidum, ſi facultas pupilli vel adulti uſque ad* (h. e. citra) *quincentos ſolidos valeat, Defenſores Civitatum una cum ejuſdem civitatis religioſiſſimo Antiſtite, vel* (e) *aliis publicis perſonis, vel Magiſtratus, vel Juridicum Alexandrinae Civitatis tutores vel curatores creare, legitima cautela* (h. e. ſatiſdatione) *praeſtanda* (a tutoribus & curatoribus) *eorum* (Magiſtratuum) *periculo qui eam* (ſatiſdationem) *accipiunt*, §. 5. *h. t. L. ſancimus 30. C. de Epiſc. aud.* Igitur ſi pupilli, vel adulti quincentenarii ſint, juſſu Praeſidum eſt opus. Solidi atque aurei poteſtas eadem. Solidi vero, ſeu aurei, quorum hic mentio, non ſunt, quos vario pondere atque aeſtimatione ethnici veteris Romae Imperatores; ſed quos Chriſtiani novae Romae Imperatores ſignarunt: quorumque ſinguli ſexta pars unciae, LXXII. auri libra, *L. 5. C. de ſuſceptor. Lib. X.* Defenſores Civitatum exemplo Tribunorum Pl. a Caeſaribus inſtituti plebem maxime tuebantur contra vim, *L. 4. C. de defenſor. civit.*: judicabantque in cauſſis omnibus pecuniariis uſque ad quinquaginta ſolidorum ſummam, *L. 1. C. eod.*: quae tum fuit a Juſtiniano ad aureos trecentos producta *Nov. 15. c. 3.* De his v. Cujac. in *d. Nov.*, & Gothofr. in *Cod. Th. I, 11.* Juridicus Alexandrinae Civitatis jus dicebat Alexandriae, eratque ſub Praefecto Ægypti, quem Octavius Caeſar poſt devictum Antonium Ægypto in tributariae Provinciae formam redactae praepoſuerat. Is eſt Praefectus Auguſtalis, de quo in *D. I, 17.*, & in *Cod. I, 37.* Vides, ubi tutores a magiſtratibus majoribus dantur, inquiſitione opus eſſe, non ſatiſdatione: ubi vero a minoribus, ſatiſdatione, non inquiſitione. In quatuor autem inquiri per Magiſtratus debet, quae ſint facultates tutorum: qui mores: num ſe illi velint ingerere: & num pecuniam dederint in eam rem, *L. ſcire 21. §. 5., & 6. de tut. & cur. dat.* De ſatiſdatione agendum *Tit. 24.*

§. VI. & VII. Uti natura eſt aequum, pupillos, quod perfectae aetatis non ſunt, alterius tutela regi, §. 6. *h. t.*; ita aequum natura eſt,

(e) *Pro iis*, vel aliis publicis perſonis, vel &c. *A. Auguſtinus Lib. ſing. ad Modeſtin. in Theſ. Otton. Tom. IV. p. 1580. mavult*, vel alias publicas perſonas, *id eſt*. *Sed ne cum eo ſentiam, facit Juſtiniani Conſtitutio in L. 30. C. de Epiſc. aud., ubi ſcriptum eſt*, cum religioſiſſimo Epiſcopo, aut aliis etiam publicis perſonis, ſi harum copiam habeat Civitas. *Ita publicae iſtae perſonae dationis tutorum curatorumve teſtes erant.*

Digitized by Google

poſtquam antiqua judiciorum ſolennia deſierunt, qua de re in *tit. de ſucceſ. ſubl. Lib. III.*, in litem dari curator coepit, cujus ſicubi in Pandectis mentio fit, (fit autem ſaepe) ibi Triboniani manum adgnoſce. Principio is peracto judicio deſinebat curator eſſe, *d. §. 3.*: tum factus perpetuus videtur *Nov.* 72. *c.* 1. & 2.

TITULUS XXII.

Quibus modis tutela finitur.

CErtis quibuſdam modis tutela finitur. Primus eſt pubertas, quam Caſſiani ex *habitu corporis*: Proculejani ex certo annorum numero (*a*): quidam, h. e. (*b*) Priſcus & alii, ex utroque aeſtimabant. Ulp. *Fragm. XI*, 28., Trib. *pr. h. t.* Habitum corporis interpretatur Tribonianus verendorum inſpectionem: quam ab Juſtiniano pro ſuorum temporum caſtitate ſublatam inquit, maxime quum illam veteres verecundiae cauſſa omitterent in femellis, *d. pr.*, & *L. ult. C. quand. tut. eſſe deſin.* Tribonianum in ea re inſigniter lapſum, *habitu corporis* in Libris Juriſconſultorum perperam accepto, opinio eſt Raevardi *Var. IV*, 10. Sed Tribonianum tuentur alii, & nominatim Bynkershoek *Obſ.* III. 24., Schultingius in *Ulp.* l. c., & Ev. Otto in *h. t.* V. noſtr. *Diſſ. De pubertate apud Romanos varie aeſtimata*. Tandem Juſtinianus in *d. L. ult.* haberi puberes voluit mares decimoquarto, feminas duodecimo anno majores: quod olim viſum Proculejanis. Secundus eſt capitis deminutio pupilli, aut tutoris. Finitur ergo tutela, ſi quis pupillus ab hoſtibus capiatur, vel in ſervitutem redigatur, *ut ingratus*, *a patrono* (*c*): quod intelligendum eſt de pubertati proximo; qui capax eſt doli, *L. impuberem 23. de furt*: ſi deportetur: quod item eſt de puberrati proximo accipiendum: demum ſi quis adrogetur adhuc impubes, §. 1. *h. t.*, & *L. ſi adrogati* 14. *pr.*, & §. 1. *de tutel.* Finitur etiam, ſi quis tutor deſinat eſſe civis, aut liber, §. 4. *h. t.* Minima capitis deminutio tutoris non perimit tutelam, niſi legitimam, quae jure adgnationis defertur, *d. §.* 4. In *L. tutelas 7. de cap. min.* v. noſtr. *jur.*

(a) *In pr. h. t., ubi tertia tantum opinio proponitur, pro iis, veteres quidam, i. e. Priſcus aliique: quod probo. Duo illa quidem & quidam in antiquis Libris facile commutantur, V. Rittershuſ. in Paul. Sent. V*, 4. 15., *& Bynkershoek Obſ.* III, 24.

(b) *Javolenus ne, an Neratius? Non liquet. Uterque fuit magni nominis Juriſconſultus, L. 2. §. ult. de O. J.*

(c) *Verba*, ut ingratus, á patrono *ex auctoritate Theophili, & antiqui cujuſdam exemplaris inſerit in §. 1. h. t. Hotomanus: ſed neque ſunt in L. 14. de tutel., unde is §. deſcriptus eſt, neque in aliis Codicibus Inſtitutionum. Ea vero ut ſint interpretis additamentum, optimo exemplo Triboniani ſententiam illuſtrant.*

jur. Obſ. IV, 5. Poſt *Nov.* 118. *c.* 5. ne legitima quidem tutela tollitur minima capitis deminutione tutoris ; namque ea , ut hereditas, defertur etiam cognatis , quorum jus minima minutione non tolli , conſtat. Tertius eſt conditio , quae exiſtit : aut tempus , quod venit ; ſi ad certam conditionem , certumve tempus ſit datus teſtamento tutor , §. 2. & 5. *h. t.* , *L. tutor* 8. §. 2. *de teſt. tut.* Confer ſcripta in §. 3. *qui teſt. tut.* Quartus eſt mors naturalis pupillorum , tutorumve , §. 3. *h. t.* Nulla tutela hereditario jure ad alium tranſit , *L. tutela* 16. §. 1. *de tut.* Quintus eſt tutoris remotio, vel excuſatio , §. 6. *h. t.* Dicam de utraque ea re *Tit.* 25. Videtur *h. t.* Tribonianus diſcrimen ponere inter *finiri tutelam*, & *deſinere tutorem eſſe* . Finitur proprie tutela, quum eam jam finitam deponimus : eſſe tutores deſinimus , ea non dum finita. Eſt id rectiſſime obſervatum a Cujacio in *d.* §. 6. ; ſed perpetuum non eſt in Libris Juriſconſultorum.

TITULUS XXIII.

De curationibus (a).

PR. Tit. uſque ad §. IV. Curatio eſt poteſtas adminiſtrandi negotia, & rem familiarem eorum , qui ipſi per ſe non poſſunt , *L.* 20. *de rit. nupt.* , *L.* 8. *C. de nupt.* Igitur curatores quodammodo procuratores ſunt: quo fit interdum , ut alterum alterius vocabuli vice ſit (*b*): eoque maxime differunt a tutoribus, quod hi perſonae, illi patrimonio dentur, *L. quia* 14. *de teſt. tut.*, L. 1. ac *tot. tit. D. de curat. furioſ. &c.* Qui in duabus illis veterum notis *B. T.* dicitur *bonorum tutor* , is eſt proprie curator : ac *tutela* apud Horatium *Sat. II*, 3. *v.* 218. , & Juvenal. *Sat. XIV*, *v.* 112. curatio eſt : qualia exempla vix eſt ut reperiàs in Libris juriſ. Curatores eſſe inquit Ulpianus *Fragm. XII*, 1. aut *legitimos* , aut *honorarios*: hos a Praetore conſtitui , illos ex Lege XII. Tab. dari. Et *Lex* quidem *XII. Tab. furioſum*, *itemque prodigum* , *cui bonis interdictum eſt* (*c*), *in curatione jubet eſſe adgnatorum*. Ulp. §. 2. Eadem Tribonianus habet §. 3. *h. t.* De curatore furioſi nominatim Lex cavit: tum prodigo datus curator ex ſententia Legis ; quod prodigus, quantum ad bona, furioſum exitum faceret, *L. his*, *qui* 12. §. 2. *de tut. & cur. dat.* Hotom. *Obſ. VIII*, 6., Jan. a Coſta in *h.* §. In

(a) *Ut ita malim legere , quam* De curatoribus, *faciunt optimi quique Theophili Codices apud Cujacium , & Fabrotum : inſcriptio eadem in Gaji Inſt. I*, 8. *: ejuſdemque Triboniani Titulus* De tutelis.

(b) *V. Bynkerſh. Obſ. II*, 10.

(c) *Teſtis eſt Paulus Sent. Lib.* III. *tit. de teſtam.* §. 7. , *prodigo bonis a Pretore interdictum has formula*, Quando bona paterna avitaque nequitia tua diſperdis, liberoſque tuos ad egeſtatem perducis, ob eam rem tibi ea re , commercioque interdico. *V. noſtr. jur. Obſ. IV*, 6.

Digitized by Google

τῶ jubet apud Ulpianum non tantum momenti eſt, ut etiam prodigum verbis Legis comprehenſum putes cum Gothofredo in *Tab. V.*, & Scultingio in *Ulp. l. c.* Tribuuntur ſaepe Legi, quae per ejus interpretationem inducuntur; quod multis exemplis probavi *Obſ. I*, 3. Quid quod nullam fuiſſe a Decemviris factam prodigi mentionem, teſtes ſunt Auctor *ad Heren. I*, 13., & Cicero *De inv.* II, 50.? Uterque e XII. Tab. verba haec proferunt, *Si furioſus exiſtat, adgnatorum gentilitiumque in eo pecuniave ejus poteſtas eſto*. Videtur obſtare ejuſdem Ulpiani locus in *L.* 1. *pr. de curat. furioſ.*, *Lege XII. Tab. prodigo interdicitur bonorum ſuorum adminiſtratio: quod moribus quidem ab initio introductum eſt*. Verum quid eſt neceſſe *mores* interpretari jus Regiorum temporum, in XII. Tabulas ſubinde translatum? Ego ibi mores interpretor cum Jano a Coſta in §. 1. *Inſt. de jur. nat.* jus ex interpretatione natum poſt Leges XII. Tab.: quod quum *ſine ſcripto veniſſe*, Pomponius dicat in *L.* 2. §. 5. *de O. J.*, recte potuit *morum* nomine deſignari. Porro Ulpianum ſui interpretem egiſſe ajo; namque ubi dixerat, bonorum adminiſtrationem prodigo interdictam Lege XII. Tab., ne quis inde conficeret, fuiſſe illud in ipſa Lege perſcriptum, continuo ſubdidit, quod is adſcripſerat Legi, Prudentes primum induxiſſe per interpretationem. Videntur autem Decemviri, Decemvirorumque interpretes ea ipſa regula curationem detuliſſe, qua detulerant tutelam; namque ut pupillorum, ita furioſorum, prodigorumque hereditates ad agnatos & gentiles redibant. Gentilium meminere Decemviri apud Auctorem *ad Heren.*, ac Ciceronem: non item Ulpianus; quod hujus aevo jam interciderant jura gentilitatis; licet diu poſt Ulpianum ſteterit vetus illud in ſtultos homines dicterium, *Ad adgnatos & gentiles*; de quo v. Var. *De re ruſt. I*, 2., & Columel. I, 3. Quid eſt autem, quod ſubjicit Tribonianus, *Sed ſolent Romae Praefectus Urbi, vel Praetor, & in Provinciis Præſides eis curatores dare*? Vocula *ſed*, quae adverſantis eſt, facere nobis indicium debet, aliquid in adſcriptis verbis latere aliud ab eo, quod prior §. pars habet. Ea autem habet id unum, furioſos & prodigos *in curatione eſſe adgnatorum ex Lege XII. Tab.* Et vide quod latet. Furioſus, & prodigus curae adgnatorum a Decemviris permiſſi: de inquiſitione autem ne cogitatum quidem. Procedente tempore inductum eſt moribus, (quo ſpectat τὸ *ſolent* apud Tribonian.) ut curatores darentur eis a Magiſtratu ex inquiſitione, h. e. re cognita ſecundum ea, quae jam tradita de tutoribus ſunt. Ita interdum a Decemvirali jure recedebatur. *Saepe ad alium e Lege XII. Tab. curatio furioſi aut prodigi pertinet*, verba ſunt Gaji in *L.* 13. *de cur. fur.*, *alii Praetor adminiſtrationem dat: ſcilicet quum ille legitimus inhabilis ad eam rem videatur*. Honorarii curatores erant, quos dabat Praetor libertinis prodigis, qui olim fieri heredes patri non poterant, quum nulla tum eſſet cognatio ſervilis: itemque ingenuis prodigis, ſi facti erant patri heredes ex teſtamento. Ulp. *Fragm. XII*, 3. Hinc intelligis,

Digitized by Google

gis, legitimae prodigorum curationi tum demum fuiſſe locum, ſi prodigi ingenui ab inteſtato extitiſſent heredes. Porro datum a Praetore curatorem, addit Ulpianus §. 4. *ei etiam, qui nuper pubes factus, non poterat negotia ſua idonee tueri*. Atque haec eſt curatio minorum, de qua ita Tribonianus *pr. h. t.*, *Maſculi puberes & feminae viripotentes uſque ad XXV. annum completum curatores accipiunt.* Quod de feminis ait Tribonianus, jus eſt recentius Conſtantino, ad cujus uſque tempora perpetuam fuiſſe feminarum tutelam, probat *L. 2. C. Th. de tut. creand.* Quamdiu deinde ſteterit, incertum: certo vero deſierat aetate Triboniani: quem proinde veterum Juriſconſultorum fragmenta, quibus de perpetua illa tutela agebatur, ad ſuorum temporum rationes accommodaſſe injecta curatorum mentione, ſuſpicatur Raevardus *Var.* II, 10. Sed Raevardo reponunt multa Jac. Conſtantinaeus *Subtil. enodat. II*, 2., & Schultingius in *Paul. Sent.* II, 19. *p.* 303. V. noſtr. *jur. Obſ. IV*, 15. Annum XXV. omnino exigi neceſſe eſt, facitque utilitas minoris, ut de momento in momentum tempus ſpectetur, *L. denique* 3. §. 3. *de min.* Minorem aetatem anno XXV. primum finivit Laetoria Lex a M. Laetorio Planciano lata ſive anno U. CCCCXC., quo Tribunatum Plebis: ſive anno CCCCXCVII., quo geſſit Praeturam. Hinc illam Plautus *quinamvicenariam* perbelle vocat *Pſeud. I*, 2. *v.* 68. Ex ea ipſa Lege factum nomen *legitimae*, h. e. majoris aetatis: quod poſt annum XXV. rei familiaris adminiſtrationem Lex Laetoria adultis permiſit. V. Briſſon. *Antiq. III*, 2. Ante noviſſimum ejus anni diem aetas *lubrica* dicitur Caſſiodoro *Var. IV*, 35., & conſilium *parum firmum* Marcello in *L. ſi minor* 4. *de ſerv. export.* Poſt eum *virilis vigor completur*, *L.* 1. §. 2. *de min.*, pervenitque homo *ad ſtatum ſuum*, *L. quum pater* 77. §. 14. *de leg.* 2., in quem locum v. Goth. Curatores minorum inter honorarios recenſet Ulpianus *d.* §. 4., neque ullam in eo Titulo mentionem facit aut Legis Laetoriae, aut Conſtitutionis, quam a M. Antonino Philoſopho ſuper ea re editam, refert Capitolinus in ejus *Vita c. XI.*: quod mirari neminem, plane demiror. Et veri quidem ſimile non eſt, de Laetoria, atque Antoniniana Lege tacuiſſe Ulpianum: unde inclinat animus, ut credam, quae ille de iis in eo Titulo ſubinde ſcripſerat, aetatem non tuliſſe. Quid vero fuerit a Praetore primum, tum a M. Laetorio, ac tandem ab Antonino conſtitutum, nemo unus interpretum eſt, qui probe explicaverit ad hunc diem. Videor mihi ego in *Diſſ. De L. Laetoria* rem totam haud infeliciter expediviſſe. Quo mea ibi evaſerit conjectura, paucis accipe. Principio Praetor puberibus dedit curatores, non omnibus, ſed tantum iis, qui idonee tueri ſua negotia non poterant. Hoc idem Laetoria Lex confirmavit: & porro certum tempus praeſtituit, quouſque puberes in curatione eſſent; antea enim illud erat in arbitrio Praetoris. Demum Antoninus puberibus omnibus quamvis rem ſuam bene gerentibus dari curatores juſſit uſque ad diem Lege Laetoria praeſcriptum

pium: quo jure nunc utimur. Numnam igitur adoleſcentes inviti accipiunt curatores? Negat §. 2. *h. t.* Tribonianus, quem a Raevardi nota vindicavi in *d. Diſſ.* Curatores ſibi ipſi petere omnes debent; *L. ſi minores* 2. §. 4. & 5. *qui pet. tut.*: idque ut faciant, monendi a tutoribus ſunt, *L. ita* 5. §. 5. *de adm. tut.* Ita nonniſi *deſiderantibus* curatores dantur, *L. ſi impuberi* 13. §. 2. *de tut. & cur. dat.* Solum in litem curatores accipiunt inviti, *d.* §. 2.; quod ſine curatoribus legitimam in judiciis perſonam non habent, *L.* 2. *C. qui legit. perſ.*: proinde ſi ipſi ſibi non petierint in eam rem, dari eis adverſarius recte poſtulabit, *L.* 1., & *L.* 7. *C. qui pet. tut.* In honorariis quoque ponunt vulgo curatores, qui mentecaptis, & ſurdis, & mutis, & iis omnibus dantur, qui morbi perpetui cauſſa rebus ſuis *ſupereſſe* (d) non poſſunt, §. 4. *h. t.*, *L. nec mandante* 8. §. 3., & *L. his, qui* 12. *de tut. & cur. dat.* Mentecaptus idem quod demens ; Feſt. v. *mentecaptus*. Eum a furioſo paſſim ſeparant Juriſconſulti, *d. L.* 8. §. 1., *L. obſervare* 6. *de cur. fur.*, *L.* 25. *C. de nupt.* Neuter compos eſt mentis; ſed hic in rabiem agitur, deſaevitque in ſe, atque in alios: illius occulta, ac veluti inumbrata dementia eſt. Quod vero gravior morbus eſt dementia, quam furor, (ſaepe enim hic *intervallum*, & quaſi *inducias* habet, *L. ſi quum dotem* 22. §. 7. *ſol. matr.*, & *L.* 9. *C. qui teſt. fac.*, non item illa) merito quaeſitum eſt, cur Lex XII. Tab. contenta furioſis caviſſe, non caverit mentecaptis. Num in ea lege furioſi nomine comprehenditur etiam mentecaptus: quem vero Tribonianus *d.* §. 4. *mentecaptum* vocat, is eſt, qui conſtat quidem mente, ſed eſt tamen hebetior ſimpliciorque? Ita Huber conjicit *Digreſ. III*, 18. Ego quod de furioſo Huber habet, facile adducor ut probem; Tullius enim *Tuſc.* III, 5. furorem in XII. Tab. eſſe inquit *mentis ad omnia caecitatem*, quae ut non major, certe vero par in mentecapto eſt, atque in furioſo. Verum quod habet ille de mentecapto, nunquam fiet, ut probem; mentecaptus enim in Libris juris perpetuo is eſt, qui deſipuit omnino. Magis eſt igitur, ut curatorem mentecapti inter legitimos referamus. Nec eo moveor, quod in *d. L.* 8., ac *d. L.* 6. Praetoris mentio habeatur; nam non omnes, quos Praetor dat, honorarii curatores ſunt; ſed tantum ii, quos ipſe primum inſtituit. In legitimis curatoribus dandis cognitione Praetoria eſt opus, ut conſtet, eum, quem eſſe in curatione juſſit Lex XII. Tab., vere talem eſſe, qualem Lex finxit. Adſcribenda ſunt hic Ulpiani verba ex *d. L.* 6., *Obſervare Praetorem oportebit, ne eum temere citra cauſſae cognitionem curatorem det: quoniam* ple-

(d) Supereſſe *rebus eſt hic idem quod* negotiis ſufficere *in L. Titius* 45. §. *ult. de excuſat. Occurrit eadem phraſis in multis veterum Juriſconſultorum fragmentis apud Briſſon. de V. S. Eſt & apud Suetonium in Aug. c.* 56. ſupereſſe *pro adeſſe ac patrocinari ſenſu prope eodem: quod loquendi genus neſcio an jure reprehendat Gellius Noct.* I, 22. *V. Barth. Adverſ. XXIV*, 12., & *Gronov. in d. Gellii loc.*

Digitized by Google

plerumque vel furorem vel dementiam fingunt, quo magis, curatore accepto, onera civilia detrectent. Conjecturam hanc meam confirmat idem Ulpianus *d. L.* 8. §. 3., ubi *a Praetore* dari curatorem inquit non ſolum *muto*, *& ſurdo*, ſed *& furioſo*, *& furioſae*: furioſis autem certe Lex XII. Tab. proſpexit. Et generaliter omnes curatores a Magiſtratibus dantur, & ab iiſdem, a quibus dantur tutores, §. 1. *h. t.* Teſtamenrarii curatores diu Romae ignorati: cujus rei diverſas rationes dubitabundus de more ſuo proponit Gothofredus in *L.* 1. §. 3. *de conf. tut.*: tum invaluit, ut teſtamento dati, a Praetore, vel Praeſide confirmarentur, §. 1. *h. t.*: quod principio jus non ſcriptum fuiſſe monent Modeſtinus in *d. L.* 1. §. 3. verbo *aſſuetum eſt*: atque Alexander in L. 2. *C. eod.* verbo *ſolet*. De tempore, quo jus iſtud fuit primum Romae receptum, nihil auſim affirmare. Apud Suetonium in *Claud. c.* 23., quem locum laudat Ev. Otto, ut probet, illud ſub Claudio obtinuiſſe, nihil reperio, quod faciat ad rem. Quos teſtamento Caeſaris Octavio jam puberi curatores datos ſcribunt Appianus *De bel. civ. Lib. III.*, ac Dio *Lib. XLIV.*, eos poſtumis datos tutores ait multo illis locupletior teſtis Suetonius in *Jul. Caeſ. c.* 83.

§. V. & VI. Eſt & curatio *pupillaris*; ſolet enim tutori non idoneo, qui tamen ſine fraude adminiſtrat, curator adjungi: & in locum tutoris, qui non in perpetuum, ſed ad tempus excuſatur, curator dari, §. 5. *h. t.* Ut magis curator daretur, quam tutor, fecit regula illa juris antiqui, *tutorem habenti dari tutorem non poſſe*, *d.* §. 5., & *L. idem* 27. *de teſt. tut.* (e) In iſtius regulae rationem nimis magno ſtudio inquirunt Cujacius in *tit. C. in quib. caſib. tut. vel cur. hab.*, Bachovius & Vinnius in *h.* §., Huber *Digreſ. III*, 19., aliique. Ea in proclivi eſt. Mulieribus pupilliſve *non habentibus tutores* dari Atilia Lex juſſerat; Ulp. *Fragm. XI*, 18. Quod de iis nominatim loquuta Lex erat, qui tutores non haberent, profecta ex eo juris regula, quae tutorem habenti dari tutorem vetat: proinde non eſt ejus ratio aliunde petenda, quam ex ipſis verbis Legis. Juriſconſultos non puduit, nec pudere quemquam debet quandoque non aliam adferre rationem juris, quam voluntatem Legiſlatoris. Apte cadit illud Modeſtini in *L.* 20. *de tut. & cur. dat.*, *Ventri tutor a Magiſtratibus Pop. Romani dari non poteſt, curator poteſt; nam de curatore conſtituendo Edicto comprehenſum eſt*. Quoniam igitur pupilli, quorum tutor aut idoneus non erat, aut excuſabatur ad tempus, dici non poterant non habere tutores; conſuetudine inductum eſt, ut curatores darentur. Verbum *ſolere* in *d.* §. 5. moris & conſuetudinis index eſt. *Quod ſi tutor adverſa valetudine, vel alia neceſſitate impediatur, quo minus negotia pupilli adminiſtrare poſſit, & pupillus vel abſit, vel infans ſit;* quem

(e) Complura Senatuſconſulta facta ſunt, *inquit Gajus in L.* 17. *de tut.*, ut in locum tutoris alii tutores dentur *contra regulam juris antiqui. V. Jan. a Coſta, & Bachov. in* §. 5. *h. t.*

Digitized by Google

quem velit actorem periculo ipſius tutoris Praetor, vel qui Provinciae praeerit, decreto conſtituet, §. 6. *h. t.* Verba, *vel alia neceſſitate* has cauſſas comprehendunt, ſi diffuſa negotia ſint, ſi dignitas, aetaſve impedimento ſit tutori, *L. decreto* 24. *de adm. tut.* Verba, *vel infans ſit*, oſtendunt, proprie actorem conſtitui litium cauſſa: quod etiam Papinianus diſerte tradit in *L. liberto* 31. §. 6. *de neg. geſt.*; unde potius ab *agendo*, quae propria litium vox eſt, quam ab *actis*, per quae conſtituitur, actoris factum eſt nomen. Si pupillus adſit, & fandi ſit potens, auctore tutore ipſe ſibi conſtituit procuratorem, *L.* 11. *Cod. de procur.*: nec decreto Magiſtratus eſt opus. Abſente, aut infante pupillo, quum ex perſona ſua nequeat tutor in rem pupilli facere procuratorem, *d. L.* 11., nam licet quantum ad adminiſtratorem bonorum domini loco habeatur, *L. tutor* 27. *de adm. tut.*, tamen ante litis conteſtationem a ſe factam dominus litis non eſt, *d. L.* 11.; adito Magiſtratu poſtulare debet, decreto confirmari, quem is nominaverit actorem, *d. L.* 24. Nominari actorem a tutore, conſtat ex *L. actor.* 9. *D. rem rat. hab.*, *L.* 10. *C. qui dar, tut.*, & *L. nn. C. de act. a tut. dand.*: proinde *τὸ quem velit* in *d.* §. 6. ad tutorem referendum eſt, non ad Praetorem, Praeſidemve. Atque hinc intelligis, cur actor ille tutoris periculo conſtituatur. In jure perinde eſt nominare, ac in ſe periculum ſuſcipere, & fidejuſſoris vicem ſuſtinere, *L. quum oſtendimus* 4. §. *ult. de fidejuſ.*, *& nominat.*, *L.* 1. *pr. de magiſtrat. conven.* Antequam hinc abeam, moneo cum Bachovio, ubi univerſale & perpetuum, diuturnumve eſt impedimentum, curatori: ubi momentarium, vel breviuſculum, cujus cauſſa praeſens aliquod negotium pro pupilli utilitate aut neceſſitate explicari nequit, actori locum eſſe. Sed fortaſſe amplius cognoſcendum; eſt enim quandoque coſtituendi actoris cauſſa aetas (*d. L.* 24.) quae quo pacto quaeat momentarium vel breviuſculum impedimentum eſſe, intelligi vix poteſt. Etiam curator actorem dat, *L. un. C. de actore a tut. ſeu curat. dando*.

TITULUS XXIV.

De ſatisdatione tutorum vel curatorum.

PR. Tit. & §. I. Primum Conſtitutionibus Principum tutores curatoreſve ſatisdare juſſi ſunt, rem pupilli vel adoleſcentis ſalvam fore, §. 3. ſup. *de Atil. tut.*: ex Conſtitutionibus autem id *curat* (a) Praetor, *pr. h. t.* Satisdare eſt aliquem ſecurum facere datis fidejuſſoribus, *L.* 1. *qui ſatisd. cog.* Sed non omnes tutores, curatoreſve ſatisdant, Teſtamentariis, itemque datis ex inquiſitione remittitur ſatisdatio,

(a) *Veteres Libri Contii, Cujacii, Charondae habent* curet, *qua voce miniſterium Praetoris explicatius ſignificatur.*

Digitized by Google

tin, *pr. h. t.*, L. *teſtamento* 17. *de teſt. tut.*, L. *bonorum* 8. *de curat. fur.*, L. 4. C. *de tut. qui ſat. non dedit*. Satisdationem ſuaſit ſuſpicio, ne quid detrimenti rebus pupilli vel adulti ber tutorem curatoremve afferatur: in teſtamentarios autem, datoſve ex inquiſitione nulla mala ſuſpicio cadit; namque horum fides judicio Magiſtratus; fides illorum paterno teſtimonio probata eſt ſatis, *L. ſi impuberi* 13. §. 2. *de tut. & cur. dat.*, L. 27. *C. de Epiſc. aud.* Igitur non ex inquiſitione dati, ac legitimi omnes ſatisdare compelluntur, L. *muto* 6. § 1. *de tutel.*, L. *legiuimos* 5. §. 1. *de leg. tut.* Quod ſi duo pluresve ſint teſtamento, aut ex inquiſitione dati, poteſt unus (*b*) *offerre ſatis*, & conturorl, concuratorive ſuo praeferri, ut ſolus adminiſtret, vel ut collega ſatis offerens praeponatur, geratque ſolus, §. 1. *h. t.*; non enim poteſt petere ſatis a contutore, vel concuratore, ſed tantum offerre, utrum ſatis velit accipere, an dare, L. *dativus rem pup. ſalv. fore*. Igitur qui e pluribus teſtamentariis, datiſve ex inquiſitione ſatis obtulerit, audiendus eſt, *d.* L. 17. *de teſt. tut.*, ac *d.* §. 1. Porro is e pluribus geret, cui major pars collegarum detulerit adminiſtrationem: cujus rei gratia eos coire Praetor jubebit, ſi non coierint, aut coeuntes non detulerint, ipſe adminiſtrationem uni cauſſa cognita decreturus, *d.* §. 1., & L. *ſi plnres* 3. §. 7. *de adm. tut.*: niſi teſtamento electus ſit adminiſtrator, & hic velit adminiſtrare, *d.* L. 3. §. 1.: quae omnia eo pertinent, ut ne tutela, vel cura per multos ſpargatur, ſane enim facilius per unum negotia expediuntur, L. *ſi plures* 3. §. 6. *de adm. tut.* Quod ſi tutores curatoreſve ſuſpectam habentes fidem ejus, quem elegerit Praetor, gerere omnes velint, id Praetor permittet; quod durum ſit, aliquem alieni periculi ſuccedaneum eſſe cogi, *d.* L. 3. §. 8.

§. II. & III. Jam vero tutores curatoreſve ſatisdare detrectantes Magiſtratus pignoribus captis coercebit, §. 3. *h. t.* Qui vero exigere ſatisdationem ſolent, ſi aut eam omiſerint, aut minus idóneos fidejuſſores acceperint, utili actione tenentur ex S. C., quod auctore Trajano factum eſt, L. 5. *C. de Magiſtrat. conven.* Ea actio in L. 1. *C. eod. tit. utilis*, ſubaudi, *tutelae*: in L. 1. *D. eod.*, ac *d.* §. 2. *ſubſidiaria* appellatur. Et *utilis* quidem dicitur, quod quae verbis Legis primum prodita adverſus tutores fuit, tum utilitatis gratia etiam contra Magiſtratus Senatuſconſulto eſt data, *L. ult. D.*, & *L.* 5. *C. eod.*: *ſubſidiaria* vero, quod, ſi alia deſint omnia, ea ſummo pupillis, vel adoleſcentibus ſubſidio futura eſt. Et ſane illi, ſi univerſis tutorum, curatorumve bonis excuſſis, revocatiſque in fraudem alienatis, indemnitati ſuae ſatisfieri in ſolidum non poſſit, tum demum cum Magiſtratibus vel cum heredibus Magiſtratuum agent: cum heredibus doli tantum, proximaeve dolo culpae cauſſa: cum Magiſtratibus etiam ob cul-

(b) *Vulgo legitur in* §. 1. *h. t.* offerre ſatisdationem; *ſed omnes Contii, & Charondae habent* offerre ſatis: *quod eodem ſenſu, ſed multo elegantius dicitur*.

Digitized by Google

eſt certius incolumium liberorum numerus, h. e. Romae (*b*) trium, *in* Italia quatuor, in Provinciis quinque, *d. pr.*, & *L. 1. C. qui num. lib.* Mirum videri merito poteſt, ſtetiſſe locorum iſtorum diſcrimen poſt Conſtitutionem Antonini, qua *in orbe Romano qui ſunt, cives Romani effecti ſunt*, *L. in orbe 17. de ſtat. hom.*: ſed eſt cur magis mireris, retinuiſſe illud Juſtinianum, cui *ex locorum differentia aliquod induci diſcrimen, ſatis abſurdum viſum* fuit in *L. ult. C. de temp. in integr. reſt.* Ita multa in jure ſunt, quae vix cohaerent. Domicilii, non perſonae ratio habebatur. Itaque Romanum civem Provinciae accolam quinque: Provincialem in Urbe habitantem tres habere liberos, neceſſe erat, *L. 2. C. Th. de in integr. reſt.* Eſt id inter praemia foecunditatis, quae enarrant Cujacius in *L. 2. de excuſat.*, & J. Gothofredus, atque Heineccius in Commentariis *ad L. Jul. & Pap.* Quod numerus civium firmiſſimum eſt Reip. ornamentum, ut pulchre Plinius *Epiſt. VII*, 32., Romani jam inde a Rep. libera coelibatui, atque orbitati poenas, foecunditati praemia poſuerunt. Leges in eam ſententiam latas memorat Auguſtus apud Dionem *Lib. LVI*. Sed rem perfecit Auguſtus, cujus hortatu perlata eſt Romae anno DCCLXIII. M. Papio Mutilo, & Q. Poppaeo Secundo Coſs. Lex Papia Poppaea, ſeu Lex Julia & Papia. Hinc jus illud trium, quatuor, aut quinque liberorum, quod mox Principes non habentibus liberos indulſerunt. V. laudatos Goth., atque Heinec. Commentarios, & Vertranii Mauri Librum *De jure liberorum*. Num autem in poteſtate ſint, an emancipati, num primi, an ulterioris gradus, & num mares, an feminae, nihil intereſt, *d. pr.*, *L. excuſantur 2. §. 7. de excuſat.*, *L. ſextum decimum 2. §. 1. de vacat. mun.*, & *L. 2. C. qui num. lib.* Sed ſi ulterioris ſint gradus, ex filio natos eſſe, neceſſe eſt. Ex filia nati patri ſuo, paternove avo remiſſionem tribuunt tutelae curaeve. Porro ex filio nepotes tum demum proſunt, quum patre mortuo *locum ſupplent avo*, uti belle loquitur Modeſtinus in *d. L. 2. §. 7.*, h. e. avo ſunt filii loco: quo fit, ut plures ex uno filio nepotes vice fungantur unius filii, numeruſque ſpectetur ſtirpium, non perſonarum. Si vivit adhuc filius, ex hoc nati ſuo tantum patri proſunt, ut avo pater: nec poteſt unquam unus duobus prodeſſe, *d. L. 2. §. 7.* In numerum non veniunt, qui in utero ſunt, *d. L. 2. §. 6. de excuſ.*: illegitimi, *d. L. 2. §. 3.*: adoptivi (*c*), *L. 2. de cavat. §. 2.*: capti ab hoſtibus, *L. 2. C. de his, qui num. lib. Lib. X.*, quique alio quovis modo deſierunt eſſe cives arg. *d. L. 2.*: demum non veniunt mortui, niſi *bel-*

(b) *An etiam Conſtantinopoli, quae novae Romae nomen accepit? Ita vero. V. Schol. Theoph.*

(c) *Senatuſconſultum de ea re factum temporibus Neronianis proſtat apud Tacitum Annal. XV, 19. Reſtitutum eo S. C. vetus Romanorum jus, ne filius adoptivus patri adoptatori inter praemia patrum prodeſſet: quo Gellius Noct. V, 19. V. Vertran. Maur.* De *jur. lib. c. 43.*

Digitized by Google

lo amiſſi. Qui autem hi eſſent, olim quaeſitum. Et praevaluit ſententia, bello amiſſos dici non omnes omnino, qui per cauſſam belli, in obſidione forte, parentibus ſunt abrepti, ſed tantum eos, qui in acie pro Rep. ceciderunt, *cujuſcumque* (d) *ſexûs* eſſent; L. *bello* 18. *de excuſ.* In aliis cauſſis quidquid propter cauſſam belli amittitur, in bello amiſſum dicitur, L. 1. §. 1. *de incend. ruin.*: in hac cauſſa bellum anguſtiore ſenſu praelium eſt. Ita in Gloſſis Lat. Graec. *praelium*. πόλεμος, μάχη. Qui in praelio cadunt, *in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur*, *pr. h. t.* Vetus ſententia eſt haec a Graecis pariter ac Latinis exornata. V. Homer. apud Gell. *XV*, 6., Platon. *De Leg. V.*, & Plin. *Epiſt. II*, 7. Secunda eſt rerum fiſci adminiſtratio: quod a M. Antonino Philoſopho in Semeſtribus reſcriptum, inquit Tribonianus §. 1. *h. t.* Semeſtrium Divi Marci non rara mentio in jure noſtro, L. *pactum* 46. *de pact.*, L. *ult. de ſerv. export.*, L. *ei qui* 12. *de adq. her.* Semeſtria dicta ſunt, quae Imperatores in Semeſtribus Conſiliis de jure conſtituebant, vel potius libri ipſi, in quos conſtituta ab iis per menſes ſex referebantur, Primum omnium Auguſtum ſibi inſtituiſſe conſilia ſortiri ſemeſtria, cum quibus de negotiis ad frequentem Senatum referendis ante tractaret, auctor eſt Suet. in *Aug. c.* 35. Auguſti exemplo alii aeſtivos menſes bello, hybernos Conſiliis dare conſueverunt. Mamertin. *Panegyr. c.* 4. De Claudio proditum memoriae eſt, eum, ut erat ingenio levi, rerum actum diviſum antea in hybernos, aeſtivoſque menſes conjunxiſſe. *Suet. in Claud. c.* 22. Quod adminiſtratoribus fiſci, idem privilegium eſt datum *colonis patrimonialibus*, i. e. conductoribus fundorum, qui in privato Principum patrimonio ſunt, L. *ult. C. qui dare tut.*: itemque omnibus *rem Principum*, h. e. privatam Principum ſubſtantiam adminiſtrantibus, L. 41. *de excuſ.*: ac generaliter iis, quibus curam alicujus rei principes injunxerunt, L. *geometrae* 22. §. 1., L. *juriſperitos* 30. *eod.* Quid juris eſt de iis, qui aerarium curabant? De iis tacent Juriſconſulti. Quoniam vero diſcrimen inter aerarium, & fiſcum ſtetiſſe videtur λόγῳ, non ἔργῳ, *verbo*, non *re*, uti Dio inquit *Lib. LIII.*, veriſimile eſt nomen adminiſtratorum fiſci etiam eos venire, ad quos pertinebat aerarii cura. Huber *Digreſ.* III, 21. De aerario, fiſco, re dominica, horumque adminiſtratoribus latiſſime in Commentario noſtro *De jure fiſci*. Tertia eſt abſentia Reip. cauſſa, §. 2. *h. t.* Abeſſe Reip. cauſſa intelliguntur, qui publici negotii gratia abierunt, L. *non ſolum* 10. §. 2. Sed multo latius patet Reip. cauſſa, ubi de in integrum reſtitutione, quam ubi agitur de excuſatione, de excuſatione a tutela curave. Legati civitatum proprie non abſunt Reip. cauſſa, L. *ſed & ſi* 26. §. 9. *ex quib. cauſ. maj.*; nam Reſp. proprie eſt Populi Romani: quo ſenſu abſentes Reip. cauſſa primum

relli-

(d) *Numnam igitur etiam feminae in inſtructam aciem admiſſae? Eſt id in omni Romanorum memoria inauditum.* V. *noſtr. jur. Obſ. IV*, 18.

reſtituit Praetor: nihilominus ii reſtituuntur ex aequitate, *d.* §. 9.; ſed fuit opus Conſtitutione Marci & Commodi, quo etiam ad eos beneficium reſtitutionis produceretur, Reip. nomine largius accepto, L. *legatis* 8. *eod. tit.* Cujac. in L. 15. *de V. S.* At vero abſentium excuſatio a tutela vel cura non alias admittitur, quam ſi *neceſſitatis publicae Plebis Romanorum gratia* abſint, L. *non ſolum* 10. *de excuſ.* Vulgus interpetrum ſecus ſentiens argumento hoc uno refellam. Ut legati municipiorum reſtituerentur, factum eſt Principali Conſtitutione, quae in hac cauſſa deficit omnino. Tria autem Romanae Reip. cauſſa abſentibus indulta ſunt. I. Novae tutelae curaeve habent remiſſionem ſive jam abſentes, ſive profecturi, *d.* §. 2., & L. *adminiſtrantes* 41. §. 2. *de excuſ.*: quod idem eſt cautum de comitibus eorum, ſi intra ſtatutum numerum ſint, *d.* L. 41. §. 2; II. A tutela curave jam ſuſcepta excuſantur, *quatenus.* h. e. quouſqve abſunt, dato eorum loco aut curatore, ſi non diu debeant, abeſſe, *d.* §. 2., aut tutore, ſi tam diutina futura abſentia ſit, ut pupillus interea pubes fiat, L. *quaeſitum* 12. *de tutel.*, L. *tutor* 3. §. 10. *de ſuſp. tut.* III. Reverſi annalem habent vacationem novae tutelae curaeve; *d.* §. 2., & *d.* L. 10. Non utilis ſed continuus eſt is annus, *d.* L. 10. §. 3., ex eoque numeratur, quo rediere, aut debuiſſent redire, niſi majores aequo moras nectere maluiſſent, *L. tempus* 4. *de vacat.* Ad reditum vicena paſſuum millia definivit Lex Julia & Papia, ad quam reſpexiſſe Ulpianum in *L. ſi cui* 38. §. 1. *ex quib. cauſ. maj.*, monet nos epigraphe ejus loci. Sed & humanitatis habenda ratio eſt, *d.* §. 1. Suſceptam vero ante diſceſſum tutelam, curamve reverſi confeſtim reſumunt, *d. L.* 10. §. 2. Quarta eſt poteſtas, §. 3. *h. t.*, quae in perſona Magiſtratuum imperium eſt, l. 215. *de V. S.* Poteſtas Magiſtratus excuſat non majores ſolum, quae Vinnii, atque Huberi opinio eſt, ſed etiam minores. Scio *poteſtatis* vocabulo proprie ſignificari tantum majores, adeo ut minores *ſine poteſtate eſſe* dicantur Ulpiano in *L. nec Magiſtratibus* 32. *de injur.*; ſed ajo tamen, illud latius accipi hoc loco; nam Magiſtratus Civitatum Modeſtinus excuſat in *L. ſi duas* 6. §. 16. *de excuſ.* Nec Tribonianus ἁπλῶς poteſtatem requirit, ſed poteſtate *aliqua* contentus eſt. Videtur ergo ad excuſationem ſatis, talem eſſe alicui poteſtatem, ut *coercere* alium poſſit, & *jubere in carcerem duci*, *L. in jus* 2. *de in jus voc.* Et ſane Ædiles, qui iſta non poterant, Gellio teſte XIII, 13., recte dabantur tutores, *L. non tantum* 17. §. 16. *de excuſ.* Dignitatis non eadem vis, quae poteſtatis. Haec excuſabat, non item illa, L. *ſpadonem* 15. §. 2. *eod.* Dignitas ſine imperio eſt: in eaque ſunt omnes Magiſtratu functi, ac Senatores, *d.* §. 2. Haec ita cauta ſunt de tutela curave nova. Si quis ſe jam miſcuit adminiſtrationi, ab hac eum ſuperveniens poteſtas non excuſat, L. *non tantum* 17. §. 1. *h. t.* Quinta eſt lis cum pupillo, adultove, ſi tamen ea ſit de bonis omnibus, aut plurima eorum parte, §. 4. *h. t.*, *L. propter* 21. *eod.*: quo caſu niſi tutor, vel cura-

Digitized by Google

tor excuſationem petierit, removetur, L. *ſi pupillum* 20. *eod. tit.* Jure noviſſimo pupilli creditor aut debitor eſſe tutor nequit, *Nov.* 72. Sexta ſunt tria onera tutelarum, curationumve non affectata, h. e. non in eum finem ſuſcepta, ut parata excuſatio ſit, §. 5. *h. t.*, L. 3. 5. & 15. §. 15. *eod.* Tria illa onera *in domo una*, h. e. in una familia eſſe ſufficit. Si vel pater, vel hujus voluntate filius, qui in poteſtate eſt, tria onera ſuſtineat, uterque excuſatur; namque ea ſpectant omnia ad periculum patris. Aliud jus eſt, ſi quis filius non voluntate patris adminiſtret, *d.* L. 15. Jam non pupillorum numerus, ſed difficultas rationum conficiendarum, & reddendarum conſideranda eſt; proinde ſi tres ſint *conſortes*, h. e., ſi idem patrimonium habeant pro indiviſo, (v. Cujac. *Obſ. V*, 10.) non ſunt loco plurium habendi: & contra una diffuſior tutela vel cura pro pluribus cedit, L. *ſi is* 31. §. 4. *eod.* Septima eſt paupertas, quae Paulo apud Modeſtinum *d.* L. 6. §. *ult. mediocritas* dicitur, ut Graecis μετριότης: non omnis tamen paupertas, ſed quae tutorem curatoremve imparem faciat oneri injuncto, §. 6. *h. t.*, L. *paupertas* 7. *eod.* Inhumanum eſt, eum qui temporis vix ſatis habet victui quaerendo, ad tutelam, curamve compellere: & poteſt id etiam eſſe pupillo adultove damnoſum. Laudat in hanc rem Ulpianus *d.* L. 7. reſcriptum *Divorum Fratrum*, h. e. M. Antonini Philoſophi & Ælii Veri, non, ut Theophili Scholiaſtes, & Gothofredus in *d.* L. 7. falſo putant, Severi & Antonini. Addit Tribonianus, idem reſcripſiſſe *Marcum per ſe*, h. e. Marcum ſolum; aliquamdiu enim poſt Ælii obitum ſolus imperavit. Octava eſt adverſa valetudo, ſed ea, quae impedimento eſt, quo minus quis rebus ſuis ſupereſſe poſſit, §. 7. *h. t.*, *d.* L. 10. §. *ult. eod.*: eaque non a delata ſolum, ſed a coepta etiam adminiſtratione excuſat, modo in perpetuum, modo ad tempus, prout ea eſt. Furor autem non in totum excuſat, ſed efficit, ut curator interim detur, *L.* 11. & 12. *pr. eod.* Referenda huc ſenectus, quae magnus morbus eſt. Senes autem in hac cauſſa ſunt annis (e) LXX. majores, h. e. eum annum, imo noviſſimum ejus anni diem egreſſi, §. 13. *h. t.*, L. *excuſantur* 3. *eod.*, L. *majores* 3. *de jur. immun.*, L. *un.* C. *qui aetate ſe excuſ.* In honoribus annus coeptus pro pleno habetur, L. *ad Remp.* 8. *de mun. & hon.* Nona eſt imperitia literarum, *quamvis & imperiti literarum poſſunt ad adminiſtrationem negotiorum ſufficere*, §. 8. *h. t.* Literae ſunt hic, quas Ulpia-

(e) *In* L. *ult.* C. *qui aetate vel prof. Lib.* 10. *manifeſti juris eſſe dicitur*, majores LV. annis invitos ad munera perſonalia vocari non poſſe. *Haec, quae de omnibus perſonalibus muneribus ſcripta ſunt, de ſolo Decurionatus munere accipere, quod nonnulli faciunt ex* L. *qui ad tempus* 2. §. *ult. de Decur.*, *eſt perquam durum. Librarium in nota numerali peccaſſe, & pro* LXX. *ſcripſiſſe* LV., *patet ex his, quae ſequuntur in d.* L. *ult.*, Quum itaque ſeptuagenario majorem te eſſe profitearis &c. *Cujac. in d.* L. *ult.*, *Forner. Rer. quot.* III, 2.

Ulpianus in *L.* 2. §. *ult. de vacat. primas*, h. e. elementarias, *literas* vocat. Hoc ſenſu a Nerone capitali ſententiae ſubſcribente dictum narrat Suetonius *c.* 10., *Quam vellem neſcire literas* : unde eodem ſenſu de homine prorſus rudi a veteribus dictum, *nec literas, nec natare didicit*. His adde, quae congeſſit plus nimio diligens Duarenus *Diſp. I,* 3. *Τὸ quamvis* in ſuperius adſcriptis Triboniani verbis eſt negligentis, non excipientis. Contra in iis Modeſtini, ſeu Pauli apud Modeſtinum in *d. L.* 6. §. *ult. h. t.*, *Ejus, qui ſe neget literas ſcire, excuſatio accipi non debet, ſi modo non ſit expers negotiorum*, *τὸ ſi modo non* excipientis eſt, non negligentis : & certe operam perdunt, qui in Pauli ſententiam trahere Tribonianum conantur. Cujacius, qui ſub finem Commentarii in *d. L.* 6. videri ſibi ſcribit mutatum jus vetus a D. Pio, cujus reſcriptum meminit *h.* §. Tribonianus, ad illud non advertit, Modeſtinum verborum Pauli deſcriptorem poſt D. Pii tempora floruiſſe. Num Tribonianus Modeſtini locum aliter, quam oportebat, per incogitantiam accepit? Num immemor Paulianae ſententiae in Pandectas regeſtae jus novum procudit: quod propter inventarii confectionem, redditionemque rationum expedire videatur, tutorem curatoremve vel primas literas ſcire? Decima eſt inimicitia, cujus primum in §. 9., deinde in §. 11. mentionem facit Tribonianus. Quod autem in §. 9. de inimicitia *ἁπλῶς* loquitur: in §. 11. de inimicitia tantum capitali, videtur §. 9. intelligi poſſe etiam de levi. At vero utrobique agi tantum de capitali, intelligere eſt ex *d. L.* 6. §. 17., unde uterque ille §. deſcriptus eſt : tam longe abeſt, ut audiendus ſit, qui hoc ſolo excuſatur, quod ſit patri matrive pupillorum ignotus, §. 10. *h. t.*, ac *d. L.* 15. §. 14. Capitalem inimicitiam definit A. Auguſtinus *Lib. ſing. ad Modeſtin.*, quae ex capitali accuſatione orta eſt. Et vero in *d.* §. 17. Graece ſcriptum eſt *κεφαλικὸς ἀγὼν*, *capitalis lis*. Quod autem *caput* interdum eſt ſtatus, ad capitalem inimicitiam referendum eſt, quod Tribonianus inquit §. 12., eum, qui ſtatus controverſiam a pupillorum patre paſſus eſt, excuſari a tutela. Sed ambigendum non eſt, quin ex aliis etiam cauſſis naſci capitalis inimicitia poſſit, & generaliter capitalis dici quaevis gravior inimicitia, quam *ultima dividat mors*: in quem modum *capitalem iram* Horatius definit. Igitur ſi quis aliquem liberis ſuis tutorem teſtamento det *propter inimicitias*, uti loquitur Tribonianus *d.* §. 9.; h. e., ut eum *debito & negotiis ſupponat*, uti explicatius loquitur Modeſtinus *d.* §. 17., hoc ipſo excuſatur tutor: quod idem de curatore teſtamentario jus eſſe debet : niſi tamen datus tutor curatorve ſuſcepturum ſe adminiſtrationem promiſerit teſtatori, *d.* §. 9., quaſi ita excuſationibus abrenunciatum videatur : quod eſt item admittendum, ſi quis alias ob cauſſas jus habeat excuſationis, *L. ex ſententia* 29. *de teſt. tut.*, *d. L.* 15. §. 1. *h. t.* Quod ſi reconciliatio interveniat, nullus eſt reliquus excuſationi locus, *d.* §. 11. Reconciliationem tacite interveniſſe, eſt ſatis; ſed inimicitiae cauſſam,

& in

diſſare a dativis , quales nullo modo minores eſſe poterant , aut poſſunt : De teſtamentaria tutela verbum nullum in *d.* §. 13. ac *d.* L. *ult.* nam potuiſſe , ac poſſe minores teſtamento dari tutores , non ambigitur. V. ſcripta in §. 2. *qui teſt. tut.* Undecima eſt militia . Reip. intereſt , milites non aberrare ad aliena . Igitur ne volentes quidem ad tutelam curationemve admittuntur , §. 14. *h. t.* , L. 4. C. *qui dar. tut.* Duodecima ſunt artes quaedam liberales . Excuſantur hoc nomine Grammatici , Rhetores , Medici , ſi aut Romae , aut in patria ſua artes exerceant , & intra numerum ſint , §. 15. *h. t.* At non eadem omnium ratio eſt . Excuſantur (*f*) Medici , non qui docent , ſed qui faciunt medicinam ; non ſedentarii , ſed περιοδευταὶ , uti Modeſtinus loquitur in *d. L.* 6. §. 1. , i. e. , uti Berguntio Piſanus vertit , *circulatores* . V. Menag. *Amoenit. iur. c.* 35. Grammatici vero & Rhetores , ſi doceant , excuſantur . Quod in L. *ut gradatim* 11, §. 4. *de mun. & hon.* , & in L. *ſextumdecimum* 2. §. *ult. de vacat. mun.* negatur immunitas iis , qui primis literis pueros imbuunt , quales ſunt , qui ludimagiſtri , vel grammatiſtae dicuntur ; id argumento eſt mihi , & excuſari Grammaticos ; (hos *Latini ſermonis cuſtodes* Seneca *Ep.* 95. , & *Poetarum interpretes* appellat Suetonius in *Claud c.* 23. , & ab Homero ac Virgilio incipere , Cujacius inquit in *d.* L. 6. §. 1. (*g*)) & non aliter excuſari , quam ſi doceant . Rhetores quoque oportuiſſe *ſophiſtas* , ſeu doctores eſſe , facile intelliges ex *d.* L. 6. §. 2. Confer a Cujacio ſcripta ibid. Numerus , intra quem eſſe ii Profeſſores debebant , non ipſorum Profeſſorum erat , ſed vacationum , quas certis ex omni eorum numero in unaquaquae civitate dari , conſtituit Antoninus Pius , *d.* L. 6. §. 2. Idem Antoninus Philoſophos excuſavit , *d.* L. 6. §. 8. : quod eſt etiam accipiendum de iis , qui praecepta Philoſophiae tradunt , *d.* L. 6. §. 11. Demum tutelae , curaeve remiſſionem habent Juriſconſulti , non qui in foro verſantur , ſed qui Leges docent . Primum eos Romae docere ; opus erat , *d.* L. 6. §. 12. : tum ea neceſſitas a Conſtantino remiſſa eſt , L. 6. C. *de profeſſor. Lib.* X.

§. XVIII. & XIX. Excuſationes curatorum propriae duae ſunt . Altera eſt tutela antea geſta . Qui tutelam alicujus geſſit , curator ejuſdem fieri invitus non debet , §. 18. *h. t.* , L. 20. C. *de excuſ.* ; niſi ſit libertus , quem a curatione liberorum patroni , patronaeve , quamvis tutelam adminiſtraverit , datae libertatis memoria non excuſat , L.

5. C.

(f) *Primus vacationem dediſſe Medicis perhibetur Auguſtus in gratiam Antonii Muſae liberti , cujus ſolertia graviſſimi morbi periculum evaſit : Dio Lib.* LIII. *Id tum alii Principes confirmarunt* , L. *ult.* §. *ult. de mun. & hon. Medicos olim fuiſſe ſervos , aut libertos , teſtes ſunt Suet. De ben. III* ; 24. , *Quintil. Inſt. VII* , 2. : *quod artis ſuae ſtudio abreptus male negat Sponius Diſs. XXVII.*

(g) *Grammaticorum inſtitutum , & laudes apud Quintilianum habes Inſt. I* , 4.

Digitized by Google

5. *C. eod.* Altera eſt matrimonium. Maritus uxori ſuae curator datus excuſare ſe poteſt, licet ſe immiſceat, §. 19. *h. t.*: quin dari curator nequit, *L.* 2. *C. qui dar. tut.*, *L. virum* 14. *de curat. fur.*, ne rationes intervertantur: labemque pudoris contrahit, ſi ſciens prudens ſuſcipiat curationem ex S. C., quod ſub Imp. Marco habitum eſt, *L.* 4. & *L.* 17. *C. de excuſ.*: idemque de ſocero nurui ſuae curatore dato receptum mox eſt ex ſententia Senatuſconſulti, *d. L.* 17. Tandem hoc de marito jus mores paſſim ſolverunt: Atque hae ſunt excuſationes a Triboniano propoſitae *h. t.* Sunt aliae nonnullae, quas pete ex aliis Libris juris. Juvat autem monere, abuti interdum Juriſconſultos verbo *excuſandi*. Excuſare proprie eſt cauſſam aliquam adferre, cur delatum onus ſuſcipere inviti non debeamus: unde conſequitur, qui excuſationis jus habet, eum, ſi velit, ſuſcipere onus non prohiberi. Quandoque tamen *excuſare καταχρηστικῶς* eſt non admittere & excludere. Hoc ſenſu Praetorem in Edicto de poſtulando *pueritiam aut caſum excuſaſſe*, ait Ulp. in *L.* 1. §. 3. *de poſtul.*, h. e. alios ob pueritiam, alios ob caſum *poſtulare prohibuiſſe*, quod idem Ulp. ſubdit: ut nihil ſit opus emendatione Cujaciana *Obſ. XXVI*, 38., quam ſolide rejicit Bynk. *Obſ. IV*, 11. Sicubi igitur excuſari debere dicuntur, qui vetantur eſſe tutores curatoreſve, excuſationes eorum non tam excuſationes ſunt, quam interdictiones. Tales ſunt e communibus excuſationes propter litem, propter inimicitiam, propter aetatem minorem, propter militiam: & e propriis curatorum excuſatio propter matrimonium.

§. XVI. & XVII. Tutores *cujuſcumque generis ſint*, *i. e. qualitercumque dati fuerint*, excuſare ſe poſſunt, §. 16. *h. t.* Num etiam legitimi? Negat Cujacius in *Ulp. Fragm. XI*, 17., quia ipſo jure tutores exiſtunt, uti qui ſui heredes dicuntur, ipſo jure exiſtunt heredes; unde neque hi poſſunt repudiare hereditatem. Sed graviter obſtant Cujacio adſcripta Triboniani verba, in quibus *τὸ dati fuerint* recte legitimos quoque comprehendit; namque in definitione tutelae legitima *jure data* appellatur: multo gravius obſtant Ulpianus in *L. tutela* 3. §. 8. *de leg. tut.*; Modeſtinus in *L. excuſantur* 2. §. 2. & 5. *de excuſ.*, Impp. Diocletianus & Max. in *L.* 1. *C. de leg. tut.*, ac Juſtinianus quum in *Nov.* 118. *cap.* 5., tum in Conſtitutione de jure patronatus, quae eſt in *Baſilic. Lib. XLIX. tit.* 1., quamque ipſe Cujacius edidit *Obſ. XX*, 34. Nec ullam ſui heredes ac legitimi tutores ſimilitudinem habent inter ſe: e contrario magna adgnatorum cognatorumve tutorum cum adgnatis cognatiſve heredibus ſimilitudo eſt. Adgnatis & cognatis tutelam, ut hereditatem, Lex defert: poſſe autem eos hereditatem repudiare, certi eſt juris. Accedit, quod cujuſcumque generis tutores, antequam excuſantur, tutores ſunt ipſo jure, *L. ſi is* 31. *de excuſ.* Non inficior, vetitos olim legitimos tutores *abdicare ſe tutela*; teſte Ulp. in *Fragm.* ibid.; ſed aliud ab excuſatione abdicatio eſt. Hac ſuſceptam deponimus: illa proprie recuſamus delatam. *Tutela cogito me abdicare*, ajebat de

Digitized by Google

de tutela jam ſuſcepta Tullius *ad Att. VI*, 1. : eodemque ſenſu *abdicare ſe Magiſtratu* Latini ajunt. Jam qui plures habet cauſſas remiſſionis, uti omnibus non prohibetur, modo nominet ſimul omnes, ne alioqui cauſſando rem trahat in longum: ſed vel unam intra conſtituta Legibus tempora probaſſe eſt ſatis, *d.* §. *16.*, *L. ſcire* 13. §. 8., *L. propter* 21. §. 1. *h. t.* Legitima tempora haec ſunt. Si quis aut eo loco ſit, ubi tutor curatorve eſt datus, aut intra centeſimum lapidem ab eo loco, (milliaria Romani lapideis calumnis ſignabant ex inſtituto Tib. Gracchi, de quo Plutarchus in *Gracchis*, & Briſſonius *Antiqu. IV*, 8.) habet ad excuſationem dies L. continuos, ex quo ſe datum tutorem curatoremve cognovit; eſt enim id manifeſtandum ei vel in faciem, vel ad domum. Si quis vero ſit ultra centeſimum lapidem, numerantur ei in viam vicena milliaria in dies ſingulos, & plus eo dantur dies XXX.: quae Conſtitutione Imp. Marci cauta ſunt. Quod autem poſſet fieri, ut qui longius habitat, minus habeat temporis, Legem ita ſunt interpretati Scaevola, Paulus, & Ulpianus, ut nunquam alicui minus L. dierum ſpatio detur, *d.* §. *16.*, *d. L.* 13. §. 1. & 2. ac *L.* 6. *C. h. t.* Idem ſpatium in ſimilibus cauſſis Lege datum, *L.* 1. *ſi quis caut. in jud. ſiſt.*, *L. utile* 2. §. 3. *quis ordo in poſſ.*, *L. itinere* 3. *de V. S.* Porro inquit Tribonianus *d.* §. 16., qui excuſare ſe vult, *non appellare*. Regula juris eſt, eos, qui juſta aliqua cauſſa allegata a muneribus civilibus ſibi vindicant excuſationem, interponere appellationem debere, h. e. judicem adire eo, qui munus decrevit, ſuperiorem, *L.* 1. *de vacat. & excuſ. mun.* Sed a Diocletiano & Maximiano veteranis, ab Imp. Marco tutoribus & curatoribus provocandi neceſſitas remiſſa eſt, *L.* 9. *C. quand. provoc.*, & *L.* 1. §. 1. *D. quand. appell.* Igitur apud eos ipſos, qui tutelam, curamve decreverunt, allegandae ſunt cauſſae immunitatis: neque alias appellandum, quam ſi fuerint repulſae, *d. L.* 1. §. 1. Quod ſi quis falſis allegationibus meruerit excuſationem, non liberari eum periculo, ab Imperatoribus conſtitutum eſt, ne ei circumveniſſe judicis religionem proſit, §. 17. *h. t.*, *L. ſi quis tutor* 60. *de rit. nupt.*, *L.* 1. *C. ſi tut. falſ. alleg.*

§. XVII. In ultimum locum rejicio hunc §. certe mutilum. Verba ſunt, *Datus tutor ad univerſum patrimonium datus eſſe creditur*. At quorſum illa? Pulchre Hotomanus culpam conjicit in ſervulum, qui a manu erat Triboniani. Hic eum juſſerat deſcribere totum §. 2. *L. propter* 21. *h. t.*; is vero partem deſcripſit. Ibi haec ſunt, *Licet datus tutor ad univerſum patrimonium datus eſt, tamen excuſare ſe poteſt, ne ultra centeſimum lapidem tutelam gerat: niſi in eadem Provincia pupilli patrimonium ſit: & ideo illarum rerum dabunt tutores in Provincia Praeſides ejus*. Non omnino igitur excuſare ſe tutor poteſt, ſed certarum tantum rerum adminiſtratione. Confer ſcripta in *L. non ſolum* 10. §. 4. *ff.*, in *L.* 2. & 11. *C. h. t.*

Digitized by Google

TITULUS XXVI.

De ſuſpectis tutoribus vel curatoribus.

PR. Tit. Poteſt interdum aliquis aliquem facere ex ſola ſuſpicione reum, ut maritus tori genialis vindex uxorem, *L. 30. C. ad L. Jul. de adult.* Severe agitur cum ea, quo maneat in officio. In eundem finem tutorum, curatorumve ſuſpectorum poſtulatio inſtituta eſt, ſi non ex fide gerere videantur. Suſpecti *crimen* ex Lege XII. Tab. deſcendit, *pr. h. t.*, *L. 1. §. 2. eod.* Tò *crimen* vertit Theophilus *κατηγορίαν*, *accuſationem*. Tantidem ea vox eſt in *L. ſi cui 7. §. 1. de accuſat.*, & in Tullii *Orat. pro Roſc. c. 13.*

§. I. Exercebatur autem ſuſpecti actio Romae apud Praetorem, in Provinciis apud Praeſides earum. Num poſſet apud Legatum Proconſulis exerceri, olim quaeſitum. Et poſſe: reſcripſit cum Severo Antoninus, quod, mandata juriſdictione, officium ad eum totum juris dicundi tranſiret: qua ratione idem Ulpiano viſum de eo, cui mandabat Praetor juriſdictionem, *§. 1. h. t.*, *d. L. 1. §. 4.*

§. II. Poſſunt ſuſpecti fieri cujuſvis generis tutores, dativi, teſtamentarii, legitimi, ac vel ipſi patroni, dum tamen horum famae parcatur, ut mox, *§. 2. h. t.*, *d. L. 1. §. 5.* Idem de quolibet curatorum genere dicendum eſt, *tit. D. & C. de ſuſpect. tut. vel cur.*

§. III. & IV. Suſpecti actio (a) *quaſi publica* eſt, *§. 3. h. t.*, *d. L. 1. §. 6.* Tò *quaſi* momentoſum eſt; namque duo communia habet cum actionibus vere publicis, quod cuivis de populo patet, (idem Athenis jus fuit, teſte Polluce *VIII, 6.*) quodque vel ſine accuſatore removere tutorem Praetor poteſt, ſi liqueat ei ex apertiſſimis rerum argumentis, tutorem eſſe ſuſpectum, *d. L. 1. §. 6.*, & *L. tutor. 3. §. 4. eod.*: caetera diſcrepat, *L. 1. §. 11. ad S. C. Turpil.* Quid quod ſuſpecti actio, quum exerceatur apud Praetorem, prorſum civilis eſt, & minus proprie *crimen* appellatur: nullum autem publicum judicium eſt, quod non ſit criminale? Pauca, quibus ea actio convenit cum actionibus vere publicis, favor pupillorum extorſit contra naturam actionis, *V. d. L. 3. §. 4.* Ergo eam voculam oſcitanter omittit Theophilus, ſimiles omittere ſolitus, ut collatis exemplis docet Marcilius in *h. 5.*: inſcite autem volens negligit Samul Petitus *ad LL. Att. p. 494.* Ad accuſandum admiſſae etiam mulieres, non ſolum, quas pietas neceſſitudinis, ſed & ſi quae aliae ſunt, quas caritàs & verecundia commendat, *d. §. 3.*, ac *d. L. 1. §. 7.* Quantum ad ipſos pupillos, adultoſve, ab Antonino & Severo ita reſcriptum refert Tribonianus in *§. 4. h. t.* (non enim extat alibi reſcriptum illud) hos poſſe ex conſilio *neceſſariorum*, h. e. *cognatorum* (*L. 6. C. eod.*) cum curatoribus agere:

(a) De τῷ quaſi *dicemus aliquid in pr. Tit. de obl. quaſi ex contr. Lib. III.*

Digitized by Google

re: illos cum tutoribus nullo modo poſſe. Impuberes non ea aetate, eoque judicio ſunt, ut ex ſuſpicionibus arguere quemquam poſſint.

§. V. IX. X. XI. XII. Suſpectus eſt, qui aut *non ex fide*, h. e. dolo, aut negligenter gerit, §. 5. *h. t.*, *d. L.* 3. §. 17. & 18., ac L. *ult. C. eod.*: nec proprie dici ſuſpectus poteſt, niſi jam gerat: ſed & a Juliano reſcriptum, & ſecundum eum ab Impp. Antonino, atque Alexandro conſtitutum eſt, poſſe quaſi ſuſpectum poſtulari, qui gerere non dum coepit, veluti ſi ab adminiſtratione per contumaciam ceſſet, *d.* §. 5., L. 2. & 3. *C. eod.* Dolo videtur facere, qui vocatus latitat, ne pupillo, vel adoleſcenti decernantur a Praetore alimenta, §. 9. *h. t.*, *L. impuberibus* 7. §. 2. *eod.*, ubi eleganter inquit Ulpianus, eum ſuſpectum (*b*) *ſententia ſua factum*. Decernendorum alimentorum jus Praetori competit, ſi ea pater teſtamento non ſtatuit liberis ſuis, aut ſtatuit ultra patrimonii modum: partes autem tutoris, curatoriſve ſunt Praetori ſuggerere de ſtatu facultatum, *L. officio* 2. §. 2. & 3., *L.* 3. *ubi pupil. educ.* Ad eum dolum coercendum id porro cautum eſt Epiſtola Severi, & Antonini, ut in bonorum abſentis poſſeſſionem pupillus mittatur: quaeque mora deteriora futura ſunt, ut vinum, frumentum &c., dato curatore diſtrahantur, *d.* §. 9., *d. L.* 7. §. 2. Sed cui bono diſtractio iſta? Certe pupillo, qui de pretio ex divenditis bonis redacto alendus eſt. Si pretium eſſet ſervandum tutori, ut quidam putant, hic nullus abſentiae poenas daret. Multo apertior eſt dolus ejus, qui praeſens per mendacium *negat* pupillo quaſi inopi alimenta (*c*) *poſſe* decerni §. 10. *h. t. Hic ergo* (inquit Ulp. *d. L.* 3. §. 15.) *non quaſi ſuſpectus removebitur*, *ſed remittetur ad Praefectum Urbi puniendus*. Sed vide, ne ex eo colligas qui tam inſigniter doloſus eſt, eum ut ſuſpectum non removeri. Vetat id ipſe idem Ulp. in *L.* 1. §. 7. *de off. Praef. Urb.*, ubi de tutore loquens, qui *conſulto circa edendum patrimonium minuit quantitatem*, ait, *graviore animadverſione opus eſſe*, *quam ut ſufficiat ſuſpecti infamia*. Igitur Ulpiani locus in *d.* §. 15. perinde accipiendus, quaſi ſcriptum eſſet, *non ſolum quaſi ſuſpectus removebitur*, *ſed etiam remittetur*. Si quando videretur tutor corporales luere poenas debere, Praetor, qui, uti Theophilus loquitur, *εἰς σῶμα*, i. e. *corporaliter* punire non poterat, eum remittebat ad Praefectum Urbi, cujus ea juriſdictio erat, *d.* L. 1. §. 7. & 10., L. *ſi ſine* 25. de in jus voc. Ita ad Praefectum amandabatur, qui *tutelam*, *corruptis miniſteriis* (h. e. officialibus) *Praetoris*

(b) *Non placet ſequi Codices*, *qui habent*, abſentia. *Sua ſententia ſuſpectum fieri pari elegantia dicitur*, *qua reum confeſſum* ſententia ſua damnari *Paulus in L.* 1. *de confeſſis*: & *eum*, *qui ſibi manus intulit*, de ſe ſententiam detuliſſe *Marcianus in L. ult.* §. 6. *de bon. eor. qui ante ſent.*, *aut* de ſe ſtatuiſſe, *Tacitus dixit Annal. VI*, 29. *Multa alia in rem congeſſit Fornerius Rer. quot. VI*, 21.

(c) *Apud Tribonianum eſt*, negat non poſſe, *ubi abnutiva duo negant praeter regulas Latini ſermonis*.

Digitized by Google

toris, *redemerat*, (*d*) *d. L.* 3. §. 15. : itemque libertus in tutela liberorum patroni cum fraude verſatus, §. 11. *h. t.*, L. *libertus* 2. *eod.* Quod igitur dolus maxime tutorem curatoremve ſuſpectum facit, ſequitur, eum quoque haberi pro ſuſpecto debere, qui ſatis jam dedit, aut nunc offert, quia ſatiſdatio propoſitum tutoris malevolum non mutat : ſed diutius graſſandi in re familiari facultatem praeſtat, §. 12. *h. t.*, L. *ſuſpectus* 5., & L. 6. *eod.* In ſumma tutoris curatoriſve mores ſpectandi ſunt, non facultates, *d.* §. 12. *V.* L. *ſi creditores* 31. §. 1. *de reb. auct. jud. poſſ.*, in eamque Cujac. *Obſ. XVIII*, 39., & Huber. *Obſ. III*, 20.

§. VI. VII. VIII. Actionis iſtius effectus duo, adminiſtrationis interdictio, quoad cognitio finiatur, & tutoris curatoriſve remotio, ſi merito veniſſe in ſuſpicionem probetur, §. 6. & 7. *h. t.* Non ipſo jure interdicta adminiſtratio cenſetur, quod Ev. Otto mavult, ſed interdicenda eſt a Magiſtratu, qui interea dabit alium, qui adminiſtret; L. 7. *C. h. t.* Remotionem, ſi decernantur ob dolum, infamia ſequitur : ſi ob culpam, non aeque, *d.* §. 6., & L. *ult. C. eod.* Non deſunt, qui putant, ſi lata culpa, quae proxima dolo eſt, cauſſam remotioni dedit, exiſtimationem notari : ſed nae ii prorſus falluntur. Tantum *doli*, vel *fraudis* mentio eſt in *d.* §. 6., in L. 1. 2. 4. 5. & *ult. C. eod.*, ac L. 2. *C. de tut. vel cur. qui ſatis*. Porro eſt illud perpetuum in jure noſtro, non irrogari infamiam, niſi de *perfidia* agatur, L. *furti* 6. §. *ult. de his, qui not. infam.* Quandoque etiamſi quis manifeſtarius ſit doli, famae ejus parcitur : ut ſi cognatus, affinis, patronuſve ſit. Modeſtin. in L. *ſi tutor* 9 *h. t.* Igitur verbis temperanda ſunt quum actio, tum decretum. Nulla in actione facta doli mentione agendum eſt in hunc modum, minus bene tutorem gerere, L. *non debet* 12. §. 1. *de dol. mal.* : decreto autem vel adjungendus tutori curator, *d.* L. 9. : quod eſt eurema juris ex Modeſtini *Lib.* De *eurematicis* deſcriptum (*e*) : vel is gerere prohibendus, non expreſſa cauſſa; nam quo integra exiſtimatio ſit, cauſſam remotionis non ſignificari, eſt ſatis, L. *hae enim* 4. §. 2. & 3. *eod.* Vides, eo unice ſpectare actionem ſuſpecti, ut tutor, curatorve removeatur : cujus rei conſectaneum eſt, finita ſive alterutrius morte, ſive alio quovis modo tutela, curave, ſuſpecti cognitionem, licet ante ſuſceptam, ſolvi, §. 8. *h. t.* L. *poſt finitam* 11. *eod.* De tutelae judicio, quo agi, niſi finita tutela, non poteſt : itemque de utili curationis cauſſa actione *v. tit. D. de tut. & rat. diſt.* Dicam aliquid de ea re in §. 2. *de obl. quaſi ex contr.* *Lib. III.*

IN-

(d) *Nunc intelligis, quam merito Cujacius pro iis*, ſicut ille remittitur, qui data pecunia miniſterium tutelae redemit, *quae omnes Libri habebant in* §. 10. *h. t.*, *ſubſtituerit haec*, qui data pecunia miniſteriis tutelam redemit : *Miniſteria pro miniſtris, ut pro ſervis, conjugibus, praeſidiariis* ſervitia, conjugia, praeſidia *paſſim apud Latinos.*

rara ſunt Euremata in Libris juris. V. Noodt Obſ. I, 15.

INSTITUTIONUM

JURIS CIVILIS ROMANI.

LIBER II.

DE RERUM DIVISIONE, ET ADQUIRENDO IPSARUM DOMINIO.

TITULUS I.

PR. Tit. uſque ad §. X. Hactenus de *Perſonis*: nunc de *Rebus*. Rei vocabulum latiſſima ſignificatione perſonas etiam, atque actiones continet: ſed in Libris juris proprie eſt quidquid aut in noſtro patrimonio eſt, (id magis proprie *pecunia* appellatur) aut extra patrimonium noſtrum, modo nec perſona, neque actio ſit, L. *rei* 5. *de V.S.* L. 1. *de ſtat. hom.* Igitur ecce tibi ſummam rerum diviſionem. Aliae in patrimonio noſtro: aliae extra patrimonium ſunt. Patrimonii vox primum paterna tantum bona ſignificavit: tum etiam materna, quod frequentius ſit, bona comparari per patrem *(a)*: demum & alia quaevis vel a nobis quaeſita: quo ſenſu *facere patrimonia* dixit Juvenalis *Sat. XII. v.* 50. In patrimonio ſunt, quae poſſumus vel actione perſequi, vel exceptione tueri, *L. rem* 52. *de adq. rer. dom.* Alia extra patrimonium ſunt. De his primum. Sunt autem horum quaedam communia, quaedam publica, quaedam univerſitatis, quaedam nullius, *pr. h. t.* Marcianus in *L. quaedam* 2. *de rer. div.*, unde partitionem iſtam tranſcripſit Tribonianus, publica omittit: ſed mox in *L. nemo* 4. §. 1., ubi propoſita rerum genera exemplis illuſtrat, (eſt enim uterque locus ex eodem Marciani Libro decerptus) & meminit *publicorum*, & haec a communibus ſeparat. Facio igitur conjecturam, publica in *d. L.* 2. magis librario, quam Juriſconſulto excidiſſe. Communia dicuntur, quae quantum ad proprietatem nullius ſunt, quantum ad uſum omnibus vacant, *L. litora* 51. *de contrah. emt.* Principio fuere omnia omnibus communia, & indiviſa. Id ne ableges ad fabulas poetarum cum Boeclero, Strauchio, aliiſque non paucis, illud facit, quod Deus primum Adae, tum Noacho, poſteriſque eorum univerſale, indiviſumque jus dedit in omnem inferiorem naturam, *Geneſ. I,* 29. &

(a) *Saepe ab eo, quod frequentius eſt, nomina rebus impoſita, lectiſſimis exemplis demonſtrat. Rad. Fornerius Rer. quot. I,* 18. *Quod Connanus, Cujacius, aliique nonnulli putant, bona materna a Suetonio in Aug. c.* 40., *Val. Maximo VII,* 8., *&* Seneca *De ben. I,* 3. matrimonium *dici, id conſultis ſanctioribus exemplaribus falſi arguunt Caſaubonus in Suet., & Colerus Parerg. c.* 6.

Digitized by Google

29. & *IX*, 2.: quod argumentum eſt ſane plurimi judicio etiam Seldeci, cujus in diſputatione cum Grotio habita (*b*) de dominio maris multum intererat, nullam initio fuiſſe rerum inte homines communionem. Sed communionem iſtam diu ſtare non ſivit hominum ſive avaritia ſive ambitio: mox igitur diviſae res inter eos, rerumque dominia diſtincta. Quod vero quarumdam ingenium id erat, ut occupari, & contineri nequirent, venire illae in diviſionem non potuere, ſuntque adhuc *naturali jure*, h. e. ſecundum primaevum illum naturae ſtatum, communes, ut aer, aqua profluens, mare, & *per hoc* litora maris, *pr.* & §. 1. *h. t.*, *d. L.* 2. *pr.* & §. 1. Aqua profluens eſt aqua, ſemper fluens, ſeu aqua fluminis perennis, *L.* 1. §. 2. *de flum.* Aeri aquae profluenti, & mari commune id eſt, ut ſemper fluant: quo fit, ut nequeant occupari. Litorum non eadem ratio eſt: nihilo tamen minus communia ſunt ipſius maris gratia, quum quia uſus maris occupatis litoribus inutilis eſſet futurus, tum quoniam quaſcumque inſanas ſubſtructionum moles ad occupanda litora adhibueris, eas perpetuo excurrens ſubruit mare: quo pertinet *τὸ per hoc* in *d.* §. 1. Ergo ad litora accedere piſcationum, navigationum, animive cauſſa non prohibemur: dum tamen a villis, monumentis, ceteriſve aedificiis abſtineamus: non ſunt enim juris gentium, ſicut & mare, *d.* §. 1., & *L. nemo* 4. *de rer. div.* Monumenta, villaſve, puta, parvas caſas, in quas ſe recipiant piſcatores, cogantve retia, in litore ponere jure gentium licet: adeo ut ſoli dominus ſit, qui aedificaverit, quamdiu aedificium manet: hoc enim dilapſo, locus jure quodam poſtliminii revertitur in priſtinam cauſſam, ſic ferente rerum communium natura, §. 5. *h. t.*, *L. riparum* 5. §. 1., & *L.* 6. *eod.*, *L. litore* 4. *ne quid in loc. publ.* Quod autem aliquid facere in re communi cum incommodo aliorum naturae ſocialis ratio vetat, non alias in litora aedificabit, quam ſi conſtet, ejus uſum novo opere extructo non futurum deteriorem, *L. litora* 3. §. 1. ac *d. L.* 4. *ne quid in loc. publ.*: id vero ut conſtet, Praetoris cognitione eſt opus. Atque huc pertinet *decretum Praetoris* apud Pomponium in *L. quamvis* 50. *dd adq. rer. dom.*: ut non jure Bachovius & Wiſenbachius legi malint *Principis*. Cujus erat interdicere, ne quid fieret in loco publico (id Praetorem interdixiſſe, patet ex *tit. D. ne quid in loc. publ.*) ejus iidem erat pronunciare, nihil eſſe, cur non fieret. Ex hoc tamen non ſequitur, ſi quis in litore aedificat ſine decreto, ejus non fieri ſolum. Quod Celſus ſcribit in *d. L.* 3. *pr.*, litora eſſe Populi Romani, accipi id ſolet de imperio, quod R. Populus conſtitutis ibi praeſidiis exercebat. Sed longe alia eſt mens Celſi. Diſertiſſime ait is, litora eſſe in dominio P. Romani: quin imperium a dominio ſeparat, facitque hoc conſectarium illius. Verba ſunt,

(b) *De dominio maris magnis animis diſputatum eſt a Grotio*, & *Seldeno*. *Noviſſime idem argumentum perſequuti ſunt Huber Digreſſ. IV*, 13. 14. 15. 16., & *Bynkerſoek peculiari Diſſert.*

Digitized by Google

ſunt, *Litora, in quae* (c) *P. Romanus imperium habet, Populi R. eſſe arbitror*. Ego puto, opinionem, quam de vaſta atque immani R. Populi potentia Romani a pueris imbibebant, Celſum quoque traſverſum egiſſe. Caeterum in litora & maria, licet omnibus pateant, pro imperii ſui tutela poteſtatem exercent Principes jure ſuo (d). Eſt autem litus maris, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit, §. 3. *h. t.* In eundem pene modum litus definiunt Celſus in *L.* 96., & Javolenus in *L.* 112. de *V. S.* Maximus, ſeu decumanus fluctus dicitur *hibernus*, ut intelligas, maximo quidem fluctu litus aeſtimari, ſed eo, qui maximus eſſe per hiemem ſolet, mari tenorem ſuum ſervante: non eo, qui maximus a mari pervenit in plenilunio, aut ſumma aliqua tempeſtate. Ita M. Tullium, *quum arbiter eſſet, primum conſtituiſſe*, Celſus ſcribit: quo nomine reprehenditur a nonnullis; namque Aquilium Gallum ejus definitionis auctorem facit Tullius ipſe in *Top. c.* 7. Sed locum Celſi accipere perinde poſſumus, quaſi ſcriptum ſit, primum Tullium, quum arbiter eſſet, Aquiliana definitione uſum. Publica ſunt, quae quantum ad proprietatem unius ſunt populi, uſu ſingulorum ex eo populo, ut flumina *pene* omnia, & portus, §. 2. *h. t.*, *L. nemo* 4. §. 1. *eod.* Il *pene*, quod eſt in *d. L.* 4., imprudens omiſit Tribonianus. Non omnia flumina publica ſunt, ſed tantum perennia, h. e. quae ſemper fluunt. Torrentia quae hieme fluunt, aeſtate autem ut plurimum exſiccantur, privati juris ſunt. Dixi, ut plurimum; poteſt enim aliquando flumen, quod perenne fluebat, aeſtate exareſcere: quod non ideo minus perenne eſt, *L.* 1. §. 2. & 3. *de flum.* Nunc vide, quo differant inter ſe aqua profluens, & flumen. Hoc eſt ipſa univerſitas aquarum, quam alveus continet: illa quaevis aquae particula, quae ſemper fluit, & non magis contineri, quam aer poteſt: proinde flumen publicum, aqua profluens communis eſt: & haec quidem communis ad lavandum & bibendum: illud publicum ad piſcandum, & navigandum. Lavantes & bibentes particulis aquae utimur: piſcantes, & navigantes univerſitate ipſa aquarum. Ut maris litora, ſic fluminis acceſſiones ſunt ripae: ſed de ripis aliud, quam de litoribus jus eſt. Uſus quidem riparum publicus eſt, ut ipſius fluminis, proinde cui liberum eſt flumine ipſo uti, eſſe ei liberum debet navem ad eas appellere, funes arboribus ibi natis religare, onus reponere in iis, ac ſi qua alia ſunt his ſimilia, facere; tamen proprietas illorum eſt, quorum praediis haerent: quo fit, ut iis cedant, quae inibi naſcuntur arbores, quoſque hae fructus ferunt, §. 4. *h. t. d. L.* 5. Hotomano in §. 5., & Grotio *De jur. bel. II*, 8. 8., qui

(c) *At nonne temporibus Celſi quidquid juris fuerat penes populum, a populo abſceſſerat? Ita vero. Sed loquutiones Democratiae proprias diu ſub Imperatoribus retinuerunt Romani: idque illi diſſimulanter ferebant. Caeterum quae in democratico populi, in monarchio ſtatu Principis ſunt.*

(d) *Pro imperii dignitate, tutelave jura quaedam Principes habent, quae regalia dictitantur. De his vide Interpretes juris publici.*

item donaria ad miniſterium Dei dedicata, *d.* §. 8., puta vaſa, veſtimenta, & quidquid *miniſterii ſacri*, vel *Eccleſiaſtici* nomine ſequior latinitas comprehendit. V. Cang. in *Gloſſar.* v. *miniſterium*. Religioſa dicimus loca, *ubi corpus, oſſave hominis condita ſunt*, *L. locum* 2. §. 5. *de relig.* Adde & cineres; diu enim Romani cremare cadavera conſueverunt: qua de re Guther. *De jur. man.* I, 25., & Moreſtell. in *Pompa feral.* Religioſum locum unuſquiſque ſua voluntate facit, dum mortuum infert in locum ſuum, §. 9. *h. t.* Sed non poſſe unam ſepulturam plura ſepulcra efficere, inquit Paulus L. 4. *eod.*: proinde ſi in diverſis locis ſepultum ſit, eum eſſe religioſum, ubi princeps eſt pars hominis, i. e. caput. Num autem liber, an ſervus ſit, qui ſepelitur, quantum ad loci religionem, nihil intereſt, *d.* L. 2. *pr.* Servi, donec viverent, rerum loco erant: mortui pro hominibus habebantur. Quidquid commentitii Romanum jus habet, mors ſolvit. Cadaveris, oſſium, cinerumve illatione eſt opus. Putabant quidem nonnulli, cenotaphium (e) locum eſſe religioſum: in qua opinione Marcianus fuit (f) L. *in tantum* 6. §. 5. *de rer. div.*: ſed *Divi Fratres contra reſcripſerunt*, L. 7. *eod.* Non autem *totus, qui ſepulturae deſtinatus eſt locus, religioſus fit*, ſed *quatenus corpus humatum eſt*, *d. L.* 2. §. 5. Quod vero maceriis includi ſepulcra aſſolebat: cujus rei teſtes ſunt inſcriptiones ſane multae, ac Papiniani locus in *d. L.* 73. §. 1., ſi quando inſcribebantur monumento, quantum terrae ſpatium cedere religioni deberet, totum illud religione occupatum, putat Guther. *De jur. man.* III, 4., eoque pertinere notas illas in antiquis titulis, *IN. FR. P. X. IN. AGR. P. XX.* (g) Verum id diſertiſſime abnuit Ulpianus *d.* §. 5. Multa de hac re in noſtris *Obſerv. jur.* II, 12. Sed nec ſola illatione religioſus fit locus. Si quis in locum omnino alienum, in eumve, cujus habet alter aut proprietatem, aut uſumfructum, domino, proprietario, vel fructuario invito aut ignorante inferat, locum non facit religioſum: ne ita ſine facto ejus, cujus intereſt, res commercio eximatur, *d.* §. 9., *d. L.* 6. §. 4., *d.* L. 2. §. 7., *L. locum* 17. *de uſufr.*, & *L.* 2. *C. de relig.* Conſentire oportet eum, cujus intereſt, & licet poſtea ratum habuerit, quam illatus eſt mortuus, tamen religioſus fit locus, *d.* §. 9., ac *d.* L. 6. §. 4., videtur enim mandare, qui, quod geſtum

(e) *Cenotaphia, ſeu inanes tumulos poni mos fuit aut inſepultis, quorum nuſquam extabant reliquiae, aut memoriae illuſtrium, & principum virorum, quorum reliquiae jam erant alibi ſepulcris inlatae. V. Kirch.* De *fun.* III, 27., & Guth. De *jur. man.* II, 18.

(f) *De Marciani loco v. noſtr. jur. Obſ.* II, 18.

(g) *Quid ſit* τὸ in fronte, *quid* τὸ in agrum, *ambigitur. V. Acronem in Horat. Serm.* I, 8. *v.* 12., *Spon. Antiq. Lugdun. p.* 184., & *Miſcel. Sect. IX.*, *Nicol. Loenſ. Miſcell. Epiph. VI*, 4., *Fabrett. Inſcr. p.* 178., & *Gutherlethum ſub fin. Conject. in Monum. Heriae Ihsbeſ.*

eſt, ratum habet, *L. ſemper* 60. *de R. J.* (*h*). Quod ſi ſocii corpus ſit, quod traditur ſepulturae, refert, num inferatur in commune ſepulchrum, an in communem locum purum, h. e. profani juris locum, *L.* 9. *C. de relig.* Hunc fieri religioſum vetat ſociorum diſſenſus, ſi alius non ſit locus, in quo ſocius ſepeliatur, *L. ſi plures* 41. *de relig.* (*i*): in illud vero ne liceat inferre, non facit; ad hoc enim poſitum eſt, ut unicuique in ſolidum jus ſit eo utendi, *d.* §. 9., *L. ſi quis.* 6. §. 6. *comm. div.* Sancta ſunt moenia, & *portae* urbium oppidorumve, quod ſanctione munita ſint adverſus violatores. Sanctio ea pars Legis eſt, qua poena conſtituitur in eos, qui fecerint contra Legem. Trib. §. 10. *h. t.*, Ulp. *L. ſacra* 9. §. 3. *de rer. div.* Neque eſt, cur iſtos quiſquam eo nomine reprehendat; id enim Latine dicitur *ſanctum*, quod violari impune non poteſt: unde *libertas ſancta* apud Livium, *Leges ſanctae* apud Macrobium, ac ſimilia apud Latinos. Quidni vero iſta, aliaque id genus multa Divini juris ſunt, ut muri & portae? Diu exercuit cura haec magni nominis interpretes. Proxime ad verum acceſſiſſe videtur mihi Gilbertus Regius Εναντιοφ. *jur. Civ.* II, 4.; ſed dicta ab eo fortaſſe jejunius, ego uberius enarrabo. Generaliter *ſanctum* eſt, quidquid adverſus injurias hominum ſanctione munitum eſt, *L. ſanctum* 7. *de rer. div.* At non quidquid ea ſanctio tuetur, juris Divini eſt, & in bonis nullius. Monetam contra adulteratores capitalis ſanctio defendit: & ea eſt tamen humani juris, & in bonis ſingulorum. Attendendum eſt igitur, quo ſanctio illa, quove hominum injuria ſpectet. Si quid in eum finem ſanctione munitum eſt, ut ne ſocietas, majeſtaſve Principis laedatur, ſanctum dici id quidem poteſt, ſed humani eſt juris. Si quid vero eſt ſanctione defenſum in gratiam religionis ita ut qui illud violat quoquo modo, ipſam violare religionem videatur, id & Divini juris eſt, & κατ' ἐξοχὴν *ſanctum* vocatur. Jam muri apud Graecos ac Romanos Diis ſollenniter dedicabantur. Homer. *Iliad. IV*, *v.* 407., Serv. in *Æneid.* II, *v.* 620., Gruter. *Inſcript. p.* CCXVI, 2. Quantum ad portas, conſtat, earum nonnullas dicatas etiam Diis, unde *Joviae* atque *Herculeae* portae in antiquis titulis apud Guther. *De jur. Pontif.* III, 10.: in omnibus autem poſita, ut in Templis, ſimulacra Deorum, quae viatores religioſo ritu ſalutabant, Lucret. I, *v.* 318. Plutarchus in Romanis antiquitatibus labi ſolitus certe labitur, quum portas eſſe ſanctas negat *Quaeſt. Rom. XXVII.*: multo minus ferendi ſunt Grotius in *Flor. ſparſ. ad h.* §., Ferandus Adduenſis *Explicat.* II, 24., & Riccius *Vindic. jur. c.* 7., qui Graeci hominis fidem praeferunt auctoritati Hermogeniani portas inter ſancta

(h) *Sunt qui in d. L.* 6., *ac d.* §. 9. *legi malunt*, & *licet poſtea* ratum non habuerit, *ſenſu aeque bono*, *nempe hoc*, *qui inferri in locum ſuum ſemel eſt paſſus*, *eum poenitere amplius non poſſe*; *ſed negationem eſſe expungendam*, *demonſtravi Obſ.* III, 7.

(i) *In d. L.* 41. *v. noſtr. jur. Obſ.* III, 17.

Digitized by Google

cta referentis in *L. in muris* 2. *ne quid in loc. ſacr.*: & prorſus temere Coraſius in L. 1. *h. t.* vix unum inſtitutionum Codicem ſequutus eradit *τὸ & portae*, quod alii omnes Libri habent, cujuſque auctor Triboniano fuit Hermogenianus. Utro autem modo legas in *d. L.* 2., num *in muris, itemque portis, & aliis ſanctis locis*, ut legitur in exemplari Florentino, an *& aliis ſacris locis*, ut in quibuſdam, nihil arbitror intereſſe. Quae ſancta, eadem ſacra ſunt: quae ſacra, eadem ſancta: ſuntque aeque ſancta ac ſacra, quae religioſa appellantur. Omnia Diis dicabantur, ſacra ut plurimum ſuperis, religioſa inferis, ſancta medioxumis: eorumque omnium nihil poterat impune violari.

§. XI. Nunc de iis, quae in cujuſque patrimonio ſunt, quaeque & *ſingula* (Ulp. *Fragm. XIX*, 2.) & *priva* (Horat. Ep. *I*, 93. Feſt. v. *privos*) & paſſim *privata* nuncupantur. Ante tempora Juſtiniani rerum privatarum aliae *mancipi*, aliae erant *nec mancipi*. Partitionis obſcura ratio. Nam quae in patrimoniis Romanorum pretioſiora erant, ut fundi, ſervi, pecudes &c., mancipi: quae viliora, nec mancipi dicta? Id propius abeſt a vero. V. Bynkershoek *Opuſc. de reb. manc. cap.* 2. Pretioſiora illa certo ſolennique ritu abalienari oportebat: eorumque abalienationis propria ſpecies mancipatio, quae certis verbis libripende, & quinque teſtibus praeſentibus expediebatur inter cives Romanos, (*k*) Latinos colonarios, Junianos, eoſque peregrinos, quibus commercium datum erat. Ulp. *Fragm. XIX*, 3. Viliora traditione nuda abalienabantur. Ulp. XIX, 7., Papian. *Reſponſ. tit.* 23. Nuda ſeu ſimplex & naturalis traditio mancipationi opponitur, quae erat item traditio! (quid enim aliud mancipium, quam quod manu capiatur;) ſed legitima & civilis. Fuiſſe ſpecies alienationis utrique rerum generi communes, docet Ulp. XIX, 8. 9. 16. & 17. Res mancipi nominatim recenſere, ac diverſos mancipationis, nudaeque traditionis effectus perſequi, longum & perdifficile eſt. V. Ulpianum XIX, 1. & 6., Paulum *Sent. II*, 17. 2. & 3., Cujacium, atque Schultingium in eos locos, & quum primis Bynkershoekium in laudato *Opuſc.* Erat & ante tempora Juſtiniani duplex dominii genus, de quo Ulp. *Fragm. I*, 16., ac Theoph. in §. *ult. Inſt. de libertin.* Et Ulpianus quidem alios inquit rem habere *tantum in bonis*, (unde dominus *bonitarius* in Gloſſis Nomicis) alios *ex jure Quiritium*. Theophilus jus eorum, qui habent in bonis *δεσποτείαν φυσικὴν*, *dominium naturale*: jus eorum, qui ex jure Quiritium habent, *δεσποτείαν ἔννομον*, *dominium legitimum* appellat. Si cui res nec mancipi tradebantur ex juſta cauſſa, has ille in bonis habebat, non ex jure Quiritium. Porro ſi quis rem mancipi traditam ſibi, ut rem nec mancipi, puta, non rite & ſollenniter traditam accipiebat, bonitarium dominium transferebatur in eum, Quiritario penes illum, qui tradiderat, retento. Ulp. ibid. Ita duo erant

P 2 do-

(*k*) *De Latinis colonariis, & Junianis v. dicta Lib.* 1. *p.* 72. 73. & 74.

domini ejuſdem rei, ſed potior conditio ejus, qui habebat in bonis; ſervus enim, qui alterius in bonis erat, alterius ex jure Quiritium, bonitario ex omnibus cauſſis adquirebat. Ulp. XIX, 20. Merito igitur Juſtinianus in ſuo *Cod. VIII*, 25. Quiritarium dominium *nudum jus Quiritium* vocavit. Tandem iſta rerum, dominiorumque diſcrimina ſuſtulit Juſtinianus in *L. un. C. de uſuc. transform.*, & in *L. un. C. de nud. jur. Quirit. toll.* Sed eorum ſuperſunt adhuc veſtigia quaedam in Libris juris, V. Merill. *Obſ. VIII*, 28., & Wiſenbach. in *dd. LL. C.* Dominium proprietas eſt, *L. ſi procurator* 13. *de adq. rer. dom.*, ſeu jus, quo de re quiſque ſua libere ſtatuit, niſi aut Lex, aut juſſus teſtatoris, aut pactio obſtet, *L.* 21. *C. mand.*, *L. ult. C. de reb. alien. non alien.* Adquiritur dominium vel jure gentium, vel civili, §. 11. *h. t.* Certis cauſſis, certiſque modis rerum dominia adquiruntur. Cauſſas a modis paſſim ſeparant Juriſconſulti; ſed diſcrimen ex accidenti eſt. Cauſſae remotae proprie dicuntur *cauſſae*, proximae *modi*. Cauſſae ſunt contractus, quibus de transferendo dominio agitur, ut venditio, mutuum, & vero etiam aliud praeter contractus, ut mox: modi ſunt traditio, occupatio &c. Quo dominium adquiratur, utramque cauſſam, remotam & proximam, ſeu cauſſam & modum concurrere, neceſſe eſt. Qui rem ſibi ex venditione traditam accipit: quique rem occupat in medio poſitam a natura, rei dominus fit. Priore caſu venditio cauſſa eſt, traditio modus: poſteriore modus eſt occupatio, cauſſa jus homini a Deo datum in res creatas. Jam modi iſti aut juris gentium ſunt, aut juris Civilis, §. 11. *h. t.* Moneo hic, Romanos Juriſconſultos vocabulo juris gentium quandoque abuſos: quo nomine quum multis locis Grotiani Operis *De* J. *B. & P.*, tum maxime *Lib. II. c.* 8. §. 1. reprehenduntur. Vere dictum ab Ottone in §. 12. *h. t.*, Romanos quod ſecundum jus naturae permittens peregrinis pariter, ut civibus, concedebat, id omne jus gentium appellaſſe. Modi juris gentium numero quatuor, occupatio, acceſſio, fructuum perceptio ex re aliena, ac traditito, de quibus *h. t.*: modi juris Civilis multo ſunt plures. Et Contius quidem *Diſp. c.* 12. modos XVIII. recenſet, e quibus XI. dumtaxat a Triboniano explicantur a *tit. IV.* hujus Libri ad *tit.* uſque XII. Libri III.: quinque ſingulares, uſucapio, donatio, jus adcreſcendi, legatum, & fideicommiſſum ſingulare: ſex univerſales, hereditas, bonorum poſſeſſio, adrogatio, bonorum addictio libertatis cauſſa, emtio bonorum obaerati, & mulieris liberae addictio ex S. C. Claudiano.

§. XII. uſque ad XVIII. junct. §. XXXIX. XLVII., & XLVIII. Occupatio eſt rei nulllius, quae fieri privata, i. e. quae contineri cuſtodia poteſt, corporalis adprehenſio animo rem ſibi habendi. Nullius ſunt ferae beſtiae, & volucres, & piſces, §. 12. *h. t.*, & L. 1. §. 1. *de adq. rer. dom.* His locis ferae beſtiae a piſcibus, & volucribus ſeparantur: vere tamen volucres & piſces ferae beſtiae ſunt: unde illa harum partitio in *marinas* ac *terreſtres* in *L. Pomponius* 44. *eod.* Ferae

be-

Digitized by Google

beſtiae ſunt, quae natura libere vagantur, nec ſine vi capiuntur: captae vero cuſtodia coercentur, *d.* §. 12., & L. *quod enim* 3. §. 2. Nec quod humana arte manſueſcunt, id earum naturam mutat, §. 15. *h. t.*, & L. *naturalem* 5. §. 5. *eod.* Tales jure noſtro (l) ſunt piſces, cervi, apes cum favis, pavones, columbae: non gallinae, aut anſeres, §. 14. 15. & 16. *h. t.*, *d.* L. 5. §. 2. & 6. Sunt etiam nullius lapilli, gemmae, caeteraque, quae in mari aut litore inveniuntur, §. 18. *h. t.*, & L. *item* 3. *de rer. div.*, modo in litore marive nata ſint, aut vi maris educta e fodinis: item theſaurus, h. e. vetus depoſitio pecuniae, cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat, §. 39. *h. t.*, & L. *nunquam* 31. §. 5. *de adq. rer. dom.*, ac res habitae pro derelictis, i. e. quas dominus abjicit ea mente, ut eas rerum ſuarum numero eſſe nolit, §. 47. *h. t.*, & L. 1. *D. pro derelict.* Ea mente eſt opus, quo res fiant nullius. Ergo quae dominus levandae navis gratia in mare projicit: quaeque imprudenti domino de rheda excidunt, ejus manent, ac lucrandi animo occupata fiunt furtiva, §. 48. *h. t.*, L. *qua ratione* 9. §. *ult. de adq. rer. dom.* (m) Denique rerum nullius jure cenſentur hoſtes, reſque hoſtium, §. 17. *h. t.*, *d.* L. 5. §. *ult.*, & L. *adeo* 7. *eod.*; quum enim bello rumpatur foedus humanae ſocietatis, ex utraque bellantium parte ad primaevae communionis ſtatum res redit. Id omnibus commune eſt, quod non aliter noſtrae fiant, quam corporaliter adprehenſae, L. 1. §. 1. *de adq. poſſ.* Hinc merito a pleriſque olim rejecta, noviſſime profligata a Triboniano eſt Trebatii opinio, feram beſtiam a nobis ita vulneratam, ut capi poſſit, ſtatim noſtram eſſe, & eouſque noſtram videri, donec eam perſequamur, *d.* L. 5. §. 1. *de adq. rer. dom.*, & §. 13. *h. t.* Et vero intervenire multa poſſunt *inter os atque offam*, uti ex veteri proverbio ajebat M. Cato apud Gellium XIII, 17. Hinc etiam *d.* §. 18., ac *d.* §. 39. lapillos, gemmas, ac theſauros invenire prorſus eſt idem, atque inventa

ta

(l) *Jure noſtro, inquam; ſatis enim habeo adoleſcentibus tradere, quid de iſtorum animalium natura ſenſerint Auctores juris. Cui vacat aliorum judicia noſſe, is adeat Hieronymum Magium Miſcell. I, 3., ac Ferandum Adduenſ. Explicat.* II. 25.

(m) *Rei alienae deperditae inventorem natura teneri, quantum commode poteſt, efficere, uti ea domino reddatur, demonſtrant Grotius* II, 10. 1., *Barbeyracius in Pufendorf.* IV, 13., *& Clericus in Levit.* VI, *v.* 3. *Pro iſta naturali aequitate ſolebant Romae plerique libellum proponere continentem, inveniſſe ſe, ac reddituros ei, qui deſideraverit. Plaut. Rud.* V, 2. *v.* 7., Ulp. *in L. falſus* 43. §. 8. *de furt.* De *praemiis inventionis, quae propoſitis libellis promittere domini conſuevere, v. Propert. Eleg.* III, 21.; *Ulp. d. L.* 43. §. 9., *& Cont. Diſp. c.* 14. *De re per praeconem inveſtigata, & conquiſitoribus in eam rem a Praetore datis v. Plaut. Mercat.* III, 4. *v.* 78. *Iſta diligentiſſime perſequitur Galvanus De uſufr.* XV, 6.

Digitized by Google

ta occupare. Adſcribam Pauli locum in L. 1. §. 2. *de adqu. poſſ.*, ut qui ſuper verbo *invenire* ſophiſtas agunt, tandem deſinant ineptire. Ait ille, *Item bello capta, & inſula in mari enata, & gemmae, lapilli, margaritae in litoribus inventae ejus fiunt, qui primus eorum poſſeſſionem nactus eſt*. Ferarum beſtiarum illud eſt proprium; ut quo perpetuo ejus ſint, qui occupaverit, non ſit ſatis fuiſſe eas ſemel occupatas, ſed perpetua cuſtodia coerceri neceſſe ſit: proindeque ſi ejus cuſtodiam evaſerint, ſeque receperint in naturalem libertatem, deſinant ejus eſſe, ac ſecundo occupanti cedant, *d.* §. 12., ac 13., *d.* L. 3. §. *ult.*: quod ſecus eſt de aliis, quae dicuntur nullius. In naturalem libertatem recepiſſe ſe ferae dicuntur, ſi aut ejus, qui occupavit, oculos effugerint, aut ita ſint in conſpectu, ut difficilis earum perſequutio ſit, *d.* L. 5. *pr.* Ergo facilius retinetur, quam adquiritur dominium. Non dum occupatae ferae, ut ut facilis ſit earum perſequutio, haud incipiunt noſtrae eſſe: at vero ſemel occupatae, ſi ita ſint in conſpectu, ut facilis perſequutio ſit, noſtrae manent. Ex his & illud conſequitur, ſi qua fera a nobis occupata, & manſuefacta abire & redire ſolet, eouſque noſtram manere, donec animum revertendi habeat, h. e. redeundi conſuetudinem ſervet, nec ante fieri occupantis, *d.* §. 15., *d.* L. 5. §. 4. Eſt & aliquid proprium theſauri. In aliis, quae ſunt nullius, nihil intereſt, quo ea loco (*n*) occupemus, & num forte fortuna, an conſulto. De Theſauro contra ſtatutum eſt. Et Hadrianum quidem *de theſauris ita caviſſe*, ſcribit Spartianus in ejus vita *c.* 18., *ut ſi quis in ſuo reperiſſet, ipſe poiiretur: ſi quis in alieno, dimidium domino daret: ſi quis in publico, cum fiſco aequaliter potiretur*. Hiſtorici ut plurimum male jus tractant. Omiſit aliquid Spartianus, quod ſupplendum eſt ex *d.* §. 39. *h. t.* Theſauros in ſacro (*o*) aut religioſo (*p*) loco repertos Hadrianus inventori integros dedit, quaſi repertos in ſuo: repertos in loco Caeſaris vel civitatis inter inventorem, ac Caeſarem civitatemve ex aequo diviſit: quaſi in quolibet alieno loco repertos. Ad haec referre voluit, num in loco ſacro, religioſo, alieno, publico, Caeſaris, Civitatiſve fortuito, an de induſtria reperti eſſent theſauri. Priore caſu inventorem admiſit in partem: poſteriore expertem fecit. Alienum locum ſcrutari incivile eſt: ſcrutari ſacrum, religioſumve eſt porro impium

(n) *De fera in alieno fundo invito fundi domino capta v. noſtr. jur. Obſ. II, 15.*

(o) *De rebus* ſacro commendatis, *h. e. ſecuritatis cauſſa depoſitis apud aedem ſacram v. Iull. De LL. II, 9., L. 1. §. 2. C. de com. ſerv. & Goth. in eum l.*

(p) *De pecunia ſive ad ſecuritatem, ſive ad luxum ſepulcris inlata v. Plaut. Pſeud. I, 4. v. 19., Terent. in Eunuch. Prolog. v. 15., & Phaedr. I, 27. De notis, quae inlatae pecuniae indicium faciebant, v. Galvan. De uſufr. XXX, 4.*

Digitized by Google

pium (q). Conſtitutioni Hadriani derogatum aliquid per Divos Fratres Verum & Antoninum, quorum Conſtitutione theſauri in religioſo loco reperti dimidium fiſco datum, L. *non intelligitur* 3. §. 10. *de jur. fiſc.* Debebat Tribonianus aut novam Conſtitutionem non inſerere in Pandectas, aut veterem non probare in Libris Inſtitutionum. Sed is multa id genus peccavit. Qui aut interpretando, aut emendando id enituntur, ut probent inter Hadrianum ac Divos Fratres convenire aliquo modo poſſe, ii magno niſu maximas agunt nugas, quas noviſſime collegit non ſine ſuarum acceſſione Joh. Water *Obſ.* III, 3.

§. XIX. uſque ad XXVIII. Acceſſio eſt rei adjunctio ad rem, quae praevalet. Hujus definitionis auctor mihi Paulus in L. *in rem* 23 §. 4. *de rei vind.*, ubi, *Mea res*, inquit, *per praevalentiam alienam rem trahit, meamque efficit*. Praevalere dicitur non quod pretioſius eſt, ſed quod principale eſt, aut pro principali habetur, quamvis ſpectato ejus pretio minoris ſit: ut exemplis mox ſupponendis patebit. Triplex eſt autem acceſſio, naturalis, artificialis, aut mixta. Naturalis eſt quae ſine facto tuo fit. Hujus prima ſpecies eſt foetura. Foetus antequam edatur, matris, viſcerumve ejus portio eſt, L. 1. §. 1. *de ventr. inſpic.* Si qua igitur animans, aut mulier tua eſt, quod ex ea naſcitur, tanquam fructus, qui ex ſolo tuo naſcuntur, tuum eſt, §. 4. *de jur. perſ. Lib.* 1., §. 19. *h. t.*, L. *item* 6. *eod.* Secunda eſt alluvio, i. e. incrementum latens, ſeu quod ex alienis fundis abraſum agro tuo latenter accedit, *donante*, ut Lucanus loquitur *VI*, *v.* 278., flumine, aut mari. Id domino fundi, unde abraſum eſt, jure gentium perit, tuumque fit, quum quia debebat is ripam ſuam tueri, uti Caſſius Longinus ajebat apud Aggenum Urbic. *De lim. agr. p.* 57.: tum quoniam nemo eſt, qui quantum & unde acceſſerit, deſignare certo queat, §. 20. *h. t.*, *L. adeo* 7. §. 1. *eod.*, ſicque nemo eſt, qui vindicare illud poſſit, *L. ſi rem* 6. *de rei vind.*: ut proinde pro re nullius debeat haberi. Tertia eſt partis de alieno fundo vi maris fluminiſve manifeſto detractae ad agrum tuum adpulſus, & cohaeſio. Ea ſi jam cohaeſit, coaluitque, *arboreſque, quas ſecum traxit*, in fundum tuum *radices egerunt, ex eo tempore videtur tibi adquiſita* (r): ſi nondum coaluit, ejus permanet, cujus erat, §. 21. *h. t.*, *d.* L. 7. §. 7., L. *idem* 5. §. 3. *de rei vind.* Quod non dum coaluit, deſignari, vindicarique poteſt, *d.* L. 6.

(q) *V. tit.* D. *ne quid in loco ſacro*, *ac tit.* D. & C. *de ſepulcro violato*, *in quem multa commentantur J. Guther.* De jur. *man.* III, 21. *Obſecrationum*, *quae inſcriptionibus veterum inſerebantur*, *ne quis oſſa violaret: imprecationumque*, *ſi contra fieret*, *exempla ſunt apud* Gruter. *p.* 594. *p.* 826., & *p.* 995.

(r) *In* §. 21. *h. t. legitur*, videntur adquiſitae, *i. e. arbores. Sed omnino legendum ſingulari numero* videtur adquiſita, *non enim de ſolis arboribus agitur, ſed & de ipſa alieni praedii parte, quae fundo tuo adhaeſit, coaluitque. Et ita habet Liber Florentinus in d.* L. 7. §. 7.

Digitized by Google

L. 6. de rei vind., ac ſine damno tuo a domino tolli: quod coaluit, *unitatem fecit cum terra tua*, uti Ulp. inquit *L. hoc amplius 9. §. 2. de damn. inf.*, eodemque cum ea alitur ſucco; ut proinde nec certo deſignari, nec tolli ſine damno tuo queat. Quarta eſt inſula in flumine nata. Inſula eſt terra, quam aqua circumfluit. Ea ſi in mari naſcitur, quod raro ſit, maris naturam ſequitur, & nullius eſt: ſi in flumine, quod frequentius accidit, ſi quidem mediam partem fluminis tenet, communis eſt eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia poſſident pro modo latitudinis cujuſque fundi, qua ripam ſpectat: ſi alteri parti proximior eſt, ad eos tantum pertinet, qui ab ea parte praedia poſſident prope ripam; §. 22. *h. t.*, *d.* L. 7. §. 3. *de adq. rer. dom.* Haec de ea tantum inſula cauta ſunt, quae alveo fluminis cohaeret: nam quae virgultis, aut alia qualibet levi materia ita ſuſtinetur in flumine, ut ſolum ejus non tangat (*s*), ea publica eſt, *L. pen. §. 2. eod.* Vides, inſulam praediorum vicinorum acceſſionem eſſe, non fluminis: quod ego concoquere nullo modo poſſum; non enim illa adnectitur vicinis praediis: in quo nexu tota poſita eſt vis acceſſionis: ſed alveo tantum cohaeret, & undique circumluitur flumine. Ergo jure gentium alvei, & fluminis acceſſio eſt; proinde publica, ut alveus, ac flumen, qua de re v. Grot. II, & 9.: ex mera autem humanitate juris Civilis pertinet ad dominos praediorum vicinorum non jure acceſſionis, ſed in compenſationem damni, quod innata fluvio inſula praediis infert; quo enim arctius aqua conſtringitur, eo majore vi ripas ſtringit, ac vicina praedia ſuffodit; quae ratio eſt, cur de inſulis in mari natis, alveoque fluminis non cohaerentibus aliud jus ſit. Quod ſi cujus agrum circumfluum flumen in inſulae formam redegit, is dominum non mutat, §. 22. *h. t.*, *d.* L. 7. §. 4. Quinta eſt alvei derelictio. Alveus a flumine derelictus deſinit eſſe publicus, *quia jam populus eo non utitur*, inquit Pompon. in L. *ergo* 30. §. 1. *h. t.*; populus enim alveo tunc utitur, quum utitur flumine, cujus pars alveus: deſinit autem flumine uti, quum alveus exſiccatur. Ergo exſiccatus alveus praediis vicinis accedit pro modo latitudinis, uti de inſula dictum eſt, §. 23. *h. t.*, *d.* L. 7. §. 5. Rationi congruentior eſt ſententia Grotii II, 8. & 9., alveum derelictum manere publicum: quo etiam jure uſos olim Romanos, teſtis eſt Aggenus Uibicus *p.* 69. De novi juris ratione v. noſtr. *Obſ. III*, 4. Ager autem, quo flumen abit, ejus manet, cujus erat, ſi a flumine inundetur: ſit publicus, ſi in eo novum alveum ſibi faciat flumen, §. 23., & 24. *h. t. d.* L. 7. §. 5. Inundaſſe dicitur flumen, quum receſſit *eodem impetu*, *d.* L. 30. §. 3., novum vero alveum feciſſe, quum *poſt aliquod tempus* alio coepit abire, *d.* §. 23.: quo caſu novus alveus non redit ad dominum, ſed vici-

ci-

(s) *De iſtiuſmodi natatilibus inſulis v. Senec. Nat. quaeſt. III*, 25., *Plin. Ep. VIII*, 20., *& Chiflet. Lib. ſing.*

cinorum praediorum dominis accedit, *d.* §. 23. Id Gajus in *d.* L. 7. §. 5. conſtitutum ait *ſtricta ratione*, i. e. jure ſummo ac ſubtili, cui opponitur bonum & aequum (*t*): ſed *vix eſſe*, ſubdit, *ut id obtineat*. Vocula *vix* prorſus negat: eaque recte refertur ab Ottone inter verecundas Juriſconſultorum loquutiones: qua de re idem Otto in *Papin.* *XV*, 4. Sexta eſt confuſio. Liquida confundi, arida miſceri, docet Trib. §. 27. & 28. *h. t.*: quod eſt proprie & ſignate loqui. Caeterum ſaepe ea promiſcua habent Latini, ac Juriſconſulti ipſi in *L. Marcellus* 3. §. 2., L. *idem* 5. *pr.* & §. 1. *de rei vind.*, & *d.* L. 7. §. 8. & 9. Liquidae res duorum ſive ejuſdem, ſive diverſi generis utriuſque voluntate confuſae communes fiunt pro rata, *d.* §. 27., *d.* L. 7. §. 8. & 9., *d.* L. 3. §. 2. Verum haec ſpecies haud eſt propria hujus loci; ubi enim res voluntate dominorum communicantur, non acceſſio, ſed mutua traditio commune efficit totum corpus. In confuſione fortuita, quae proprie huc pertinet, quum traditioni eſſe locus non poſſit, acceſſioni eſt locus; quaelibet enim vel minima particula rei unius cum qualibet vel minima rei alterius particula tam arcte coit, ut altera alteram mutuo ad ſe trahat, ſicque alter alterius rem viciſſim adquirat pro parte. Haec vera ſunt, ſi fortuito confuſa diduci non poſſint; nam ſi poſſint, (ut ſi plumbum & argentum, aut argentum atque aes conflata ſint: quae metalla ab artificibus ſeparantur, *d. L.* 5. §. *de rei vind.*, & *L. lacus* 12. §. 1. *h. t.* (*u*) ea communia non fiunt, *d.* L. 5., ac *d. L.* 12.: quo differunt fortuito confuſa a confuſis voluntate dominorum, nam nullo diſcrimine communia haec fiunt, *d.* L. 7. §. 8. Eſt igitur temperandum, quod ſcriptum eſt in *d.* §. 27. de rebus caſu confuſis *idem juris eſſe*, quod de confuſis voluntate dominorum (*x*). Quod facit ad arida, haec eodem cum liquidis jure cenſentur, ſi utriuſque domini voluntate commiſceantur: caſu autem, vel domini unius voluntate inſcio altero commixta nunquam communia fiunt; nam non quaevis vel minima pars unius rei cum quavis vel mi-

(t) *Strictam rationem aliorſum accipit Noodt Probab.* I, 1. *Sed v. noſtr. jur. Obſ. IV*, 1.

(u) *Quid ſi aes cum auro ſit confuſum? Diduci poſſe, negat Ulpianus d.* L. 5. §. 1. *In hunc perdifficilem locum juris v. Alciat. Parerg. VI*, 11., *& I II*, 4., *Molinaeum De uſur. n.* 776., *Hotomanum Obſ. VII*, 12., *Petr. Avellanum Loc. reſt. c.* 25., *& Grotium De J. B. II*, 8. 21.

(x) *Legebatur olim apud Theophilum* οὐ τὸ αὐτὸ, non idem, *contra quam ſcripſerant Gajus d.* L. 7. §. 9., *ac Trib. d* §. 27. *Contius, & Rittershuſius Theophili inſcitiam accuſant. Sed Hotomanus in h. §. unius elementi acceſſione Theophili locum reſtituit in hunc modum,* τοῦτο αὐτὸ: *quae eadem Fornerii Select. III*, 30., *Charondae in h. l., aliorumque nonnullorum conjectio eſt. Rectius Fabrotus ex fide ſanctiorum Codicum voculam* οὐ *expunxit, quam librarius intruſerat.*

Digitized by Google

nima alterius rei parte ſic coit, ut altera ab altera trahatur; ſed ſingula cujuſque corpora *ſuam propriam ſpeciem retinent*, uti Paulus loquitur in *L. in rem* 23. §. 5. *de rei vind.*: pro quo minus proprie videtur dixiſſe Trib. *d.* §. 28., *in ſua ſubſtantia durant*, quaſi minimae illae rerum fortuito confuſarum particulae arctiſſime coeuntes non in ſua ſubſtantia durent. Sed ſubſtantiam pro ſpecie poſitam a Juriſconſultis, oſtendi *Obſ.* II, 12. Singula igitur ſingulorum propria ſunt & a ſingulis vindicantur, *d.* §. 28. Frumentorum, pecorumque commixtorum exempla Tribonianus proponit. Sed non una omnium aridorum ratio eſt. Omnia quidem per commixtionem ſuam ſpeciem non deperdunt: quod ad retinendum dominium eſt ſatis: ſed eorum quaedam adeo certam ſpeciem habent, ut quamvis commixta deſignari queant, veluti pecudes; quaedam non adeo certam, ut poſſint deſignari, veluti frumenta, quo fit, ut commixtis pecudibus ſinguli ſingula corpora vindicent, commixtis frumentis ſinguli non ſingula corpora, ſed partem petant; Judicis autem officio contineatur, *aeſtimare, quale cujuſque frumentum fuerit*, *d.* §. 28., h. e. plus ei adjudicare, cujus frumentum pretioſius erat arg. L. *quo quidem* 4. *de rei vind.*, & §. 5. *de off. jud. Lib. IV.* Artificialis acceſſio eſt, quae tua opera fit. Hujus ſpecies duae. Altera eſt ſpecificatio, i. e. novae ſpeciei eductio ex materia aut prorſus aliena, aut partim aliena, partim propria. *Si* ex uvis vinum, aut ex vino & melle mulſum, aut ex tabulis navis fiat, ſpecificatio eſt. De dominio novae ſpeciei ex materia prorſus aliena eductae diſputatum olim inter Sabinianos, & Proculianos. Horum judicio ſpecies praevalebat, *quia quod factum eſt*, puta, nova ſpecies *antea nullius fuerat:* judicio illorum praevalebat materia, *quia ſine materia nulla ſpecies effici poſſit*, *d. L.* 7. §. 7. Ubi aeſtus diſputationum deferbuit, ab Juriſconſultis herciſcundis diremta controverſia eſt in hunc modum. Si ſpecies ad materiam reverti poſſit, uti poteſt vas ad rudem maſſam reverti, is novae ſpeciei dominus eſt, qui erat materiae: ſi reverti ad materiam nequeat, uti nequit vinum reverti ad uvas, dominus eſt, qui ſpeciem fecit. Mediam iſtam ſententiam probarunt Gajus *d. L.* 7. §. 7., Paulus in *L. in omnibus* 24. *eod.*, Ulpianus in L. *idem* 5. §. 1. *de rei vind.*, ac noviſſime Tribonianus §. 25. *h. t.* (y) Sed perperam Trib. in exemplis ſpecificationis ponit frumenti excuſſionem ex ſpicis alienis (quod a nonnullis veteribus Juriſconſultis factum, liquet ex *d. L.* 7. §. 7.) immemor ejus, quod ipſe idem ex Gajo retulerat in Pandectas, *recte quoſdam dixiſſe*, *non debere dubitari*, *quin alienis ſpicis excuſſum frumentum ejus ſit*, *cujus & ſpicae fue-*

(y) *Culpa Triboniani aliquid veteris diſſidii reliquum eſt in Pandectis. Confer* L. *Minicius al. Minucius* 61. *de rei vind. cum L.* 26. *de adq. rer. dom. Alias dirimendae iſtius controverſiae rationem excogitarunt Connanus Comm.* III, 6., *Schulting. in Gaji Inſt.* II, 1. 5., *& Otto in d.* §. 25. *Sed eae ſunt praeter Civile jus.*

fuerunt : quum enim grana , quae ſpicis continentur , perfectam habeant ſuam ſpeciem , qui excuſſit ſpicas , non novam ſpeciem facit , ſed eam , quae eſt , detegit , *d.* L. 7. §. 7. Quod ſi quis novam ſpeciem fecerit partim ex ſua materia , partim ex aliena, *dubitandum non eſſe* , inquit Trib., *eum eſſe dominum* , *qui fecerit* , *quum non ſolum operam ſuam dederit*, *ſed & partem ejuſdem materiae praeſtiterit*. Quorſum haec omnia , & maxime *τὸ non dubitandum* ? Ut intelligas, hoc caſu etiamſi redigi res poſſit ad initia ſua, nihilominus eſſe dominum, qui fecit, uti bene Borcholten, Bachavius, aliique non pauci. Altera induſtrialis acceſſionis ſpecies eſt adjunctio , qua res aliena ſic adnectitur ad tuam , ut altera poſſit ab altera internoſci : ut ſi alienam gemmam auro tuo includas, tuove ſcypho anſam addas ex metallo alieno. Attenditur autem, ut dictum , non rei pretium , ſed praevalentia , ſicque quod additum eſt, rei, cui eſt additum , cedit. Cedet igitur gemma auro , quo eſt incluſum, *L. quum aurum* 19. §. 13. *de aur. arg. leg.* : anſa ſtatuae, *L. ſed ſi meis* 26. §. 1. *de adq. rer. dom.*: veſtimento ſubſutum, *L. ſigni* 7. §. 2. *ad exhib.*, & §. 26. *h. t.*: aedificium ſolo, *d. L.* 7. §. 10. & 12. *ff.* & §. 29. ac 30. *h. t.* (z): membranae ſcriptum, *L. qua ratione* 9. §. 1. *ff.* , & §. 33. *h. t.* Num pictura itidem tabulae ? Affirmat Paulus in *L. in rem actio* 23. §. 3. *de rei vind.* At *non ſolere picturas tabulis cedere*, ſcribit Gajus *d. L.* 9. §. 2.: quin ex diverſo *placuiſſe, tabulas cedere picturae*. Defuiſſe jus certum ad ſua uſque tempora, teſtatur Trib. in §. 34. *h. t.* , ubi poſteriorem ſententiam probat. Exceptionem ſuaſit *pretium picturae*, *d.* L. 23. §. 3. : quod quo ſenſu ſit accipiendum , habes in noſtr. *Obſ. I*, 20., ubi & alia, quae ſunt in *d.* §. 34., explicantur. Mixtae acceſſionis, quae partim opera tua, partim ſine tua opera fit, ſpecies ſunt item duae, plantatio, & ſatio. Plantae, ac ſemina ſolo cedunt : haec ſtatim ut ſata ſunt , nam ſeparari non poſſunt : illae, ubi jam coaluere, h. e. radices egerunt in fundum, quum quia divelli nequeunt ſine fundi detrimento: tum quoniam *alio terrae alimento aliae factae ſunt*, uti Paulus inquit *d.* L. 26. §. 2. *h. t.* (*aa*): unde & illud conſequitur, arborem prope confinium poſitam actis in vicini fundum radicibus communem eſſe pro regione cujuſque praedii, §. 31. & 32. *h. t.*, *d.* L. 7. §. *ult.* , L. 8. *pr.*, ac *d.* L. 9. *pr. eod.* Confinium eſt ſpatium illud quinque pedum , quod Lege XII. Tab., ac L. Mamilia debet inter duos agros relinqui, ut eo ſpatio ire agere uterque dominus poſſit. Vide Alciati Librum *De quinque pedum praeſcript.* In eo ſpatio poni arbores non poſſunt , quo liberum ſit ad eundum agendum : prope illud poſſunt. Hinc *natas in confinio* arbores ab arboribus *prope confinium poſitis* recte ſeparant Juriſconſulti , *d.* L.

(z) *De aedificato ſupra parietem diſſenſere veteres Juriſconſulti. Sed tandem placuit, parietem ſoli inſtar eſſe*, *L. ſi ſupra* 28. *h. t.*

(aa) *Paulianam rationem ex intima Philoſophia petitam illuſtrat Huber Digreſſ. IV*, 24.

Digitized by Google

7. §. *ult.*, L. *arbor.* 19. *comm. div.*, & L. *illud* 83. *pro ſoc.* Propoſitum eſt hactenus Civile jus de acceſſionibus : nunc eximendum notae, quam Autuumnus, aliique nonnulli apponunt. Eo jure ſacultatem dari ajunt graſſandi in res alienas. Sed quam male ii Civile jus norunt! E jure Civili eſt illud, aequum eſſe, neminem cum alterius detrimento, & injuria fieri locúpletiorem, *L. jure* 206. *de R. J.* : eoque jure in acceſſionibus utimur in hunc modum. Qui rem ſuam ad alienam, quae praevalet, ſciens, adnectit, intelligitur eam voluntate ſua alienare, §. 30. *h. t.*, i. e. domino rei praevalentis donare: proinde & rem, & rei aeſtimationem, & impenſum amittit, *d.* §. 30., ac *d.* L. 7. §. 12.: qui vero ignorans, & bona fide adnectit, ſi poſſidet, rei adjunctae pretium, & impenſas ſervat, oppoſita rei praevalentis domino exceptione doli mali, *d.* §. 30., §. 32., §. 33., & §. 34. *h. t.*: ſi non poſſidet, videndum, num quod adjunctum eſt, ſeparari poſſit nec ne: ſi poteſt, ad exhibendum agit, ut ſeparetur, & tunc vindicetur, nam quamdiu cohaeret, alienum eſt, & vindicari nequit: ſi non poteſt, actione in factum agit, ut ſibi tantum reſtituatur, quanto dominus rei praevalentis locuples eſt factus, *L. in rem* 23. §. 5., & L. *quum autem* 52. *de rei vind.* Eodem modo agitur cum eo, qui ad ſuam rem, quae praevalet, alienam adnectit bona fide: quod ſi mala fide id facit, tenetur etiam furti actione, & condictione furtiva, §. 26. *h. t.* Separari ſerruminata jus vetat, non item adplumbata, *quia ferruminatio per eandem materiam facit confuſionem: plumbatura non idem efficit*, *d.* L. 23. §. 5. (*bb*) Solvi item vetat Lex XII. Tab. (*cc*) tignum junctum aedibus, vineaeve, ne vel aedificia ſub hoc praetextu diruantur, vel vinearum cultura turbetur, §. 29. *h. t.*, & L. 1. *pr. de tign. junct.*: tigni autem appellatione ſignificatur in aedificiis omne genus materiae, ex qua aedificium conſtat: in vineis quidquid eis neceſſarium eſt, ut perticae, pedamenta, *d.* L. 1. §. 1. Sed de alieno tigno eſt aliquid ſingulare in *d.* §. 29., namque aliud eſt aedificium ipſum, aliud materia, ex qua aedificatum eſt. Ædificii dominus is eſt, qui ſoli: at materiae, poſtquam aedificatum eſt, manet dominus, qui ante fuerat: quoniam vero hic ſtante aedificio nec vindicare eam poteſt, neque agere ad exhibendum, Lege XII. Tab. ſolvi tignum vetante, aget de tigno juncto in duplum: ſed diruto demum aedificio, ſi non fuerit duplum jam conſequutus, ad exhibendum, & in rem aget. Haec, quae ſunt breviter & in univerſum percurſa, Antumno atque aliis repone. De caetero moribus gentium fere tota de acceſſione tractatio aequioribus

(bb) *De iſta ferruminationis, & plumbaturae differentia v. Cujac. in d.* L. 23. *& Lib. XXI. Pauli ad Edict., & Huber. in Eunom. Rom. ad d.* L. 23.

(cc) *De lectione & ſententia Legis XII. Tab. magna diſſenſio eſt. V. J. Gothofredum, & Marcilium in eas* LL., *J. a Coſta in* §. 29. *h. t., & Ev. Ottonem Praeſat. ad tom.* III. *Theſ. p.* 21.

bus regulis continetur, de quibus poſt Grotium, & Puſendorfium Heinec. *Elem. jur. nat. & gent.* I, 9. a §. 250. ad §. 265.

§. XXXV. XXXVI. & XXXVII. Venio ad fructuum perceptionem ex re aliena cum juſto titulo, ac bona fide. Qui juſta aliqua de cauſſa, puta emtionis, vel donationis fundum aliamve rem ab aliquo accepit ex bona fide, i. e. putans, eum, unde accepit, dominum eſſe, aut alienandi jus habere, fructus percipiendo ſuos facit, §. 35. *h. t.* Longo ac ſubtili commentario opus eſſet ad *h.* §.: quo non difficilior alius in Libris Inſtitutionum: ſed ſatis nunc habeo pauca quaedam tradere de ea re pro captu adoleſcentum. Hi alia, quum vacaverit, aſſumant ex noſtra *Diſſ.* VIII. Fructus aut *natura proveniunt* ex ipſa re, aut *jure percipiuntur* occaſione rei, L. *ſi navis* 62. *de rei vind.* Hi vulgo dictitantur *civiles*, & magis *vicem fructuum obtinent*, quam fructus ſunt, veluti vecturae navium, jumentorumve, uſurae, & mercedes praediorum, L. *mercedes* 29. *de her. pet.*, L. *uſurae* 34., L. *praediorum* 36. *de uſur.*, & L. *uſura* 121. *de V.* S.: de quibus non eſt hic ſermo: illi *naturales* appellantur, veluti in fundo ſegetes, uva, olea, poma: in pecudibus lac, pilus, lana, foetus, §. 37. *h. t.*, & L. *in pecudum* 28. *de uſur.* Ancillarum foetus in fructu non eſt ex Bruti ſententia, quae tandem obtinuit, L. 68. *de uſuſr.*: qua de re v. noſtr. *jur. Obſ.* V, 1. Rurſus naturales vel proprie naturales ſunt, qui *ſponte ſua veniunt*, uti Vergilius loquitur *Geor.* I, *v.* 11.: vel induſtriales, qui *diligentia*, & *opera noſtra perveniunt*, L. *bonae* 48. *de adq. rer. dom.* Porro naturales, induſtrialeſque fructus aut *pendentes*, ſeu *ſtantes* dicuntur, L. *fructus* 44. *de rei vind.*, L. *fructus* 7. §. 15. *ſolut. matr.*, ſi adhuc rei cohaereant, L. *ult.* §. 4. *quae in fraud. cred.*: aut *percepti*, ſi ſint a re ſeparati, L. *qui ſcit* 25. §. 1. *in fin. de uſur.*: veluti ſi ſpica ſit caeſa, vel olea excuſſa, quamvis frumentum non dum ſit tritum, oleumve factum, L. *ſi fructuarius* 13. *quib. mod. uſuſr.*: aut *extantes*, ſi poſtquam percepti ſunt, adhuc extent penes eum, qui percepit, L. *ſi pignore* 22. §. 2. *de pign. act.*: aut *conſumti*, ſi non ſint amplius apud eum, qui percepit, ſive quod eis ipſe ſit uſus, ſive quod eos in alium tranſtulerit, *d.* §. 2., ac L. 3. *C. de condict. ex leg.* V. Galvan. *De uſuſr. XXVIII*, 2. Jam adquiſitionis fructuum cauſſa non bona fides; haec enim ignorantia eſt, quae poenis eximit, dominos non facit: ſed ipſa fundi *cultura & cura*, uti Trib. inquit *d.* §. 35.: in cujus compenſationem fructus poſſeſſori cedunt. Bona fides, ac titulus conditiones ſunt, ſine quibus ea cauſſa effectum non parit. Modus, ſeu cauſſa proxima adquiſitionis non acceſſio eſt, ita enim fructus adquirerentur domino rei, cujus pars ſunt, non poſſeſſori: ſed ipſa fructuum perceptio, ſeu fructuum ſeparatio de re, *d.* L. 25. §. 1.: unde illud in *d.* L. 45. *de uſur.*, *Fructus percipiendo ſuos facit*: itemque illud in L. 13. *quib. mod. uſuſr.*, *bonae fidei poſſeſſoris fructus fieri mox quum a ſolo ſeparati ſint*. At enim in L. *ſed & loci* 4. §. 2. *fin. reg.*, in

in L. *quaeſitum* 40. *de adq. rer. dom.*, in L. 22. *C. de rei vind.*, ac *d.* §. 35. ſcriptum eſt, bonae fidei poſſeſſorem *conſumtos fructus lucrari*: extantes cum ipſa re praeſtare fundi domino: atque hunc tantum de conſumtis agere non poſſe. Obicem amovet Paulus *d.* L. 48. *h. t.*, ubi bonae fidei poſſeſſorem inquit fructus percipiendo ſuos *interim* facere: *interim*, h. e. quandiu res non evincitur. Ergo perceptorum fructuum dominium temporarium, & revocabile eſt, qualis dominii exempla ſunt in L. *non ideo 66. de rei vind.*, & L. *generaliter 29.* §. 1. *qui & a quib. man.*: ſed deſinit revocabile eſſe, quum conſumuntur. Ita fructuum adquiſitionem perceptio ſtatim inchoat: conſumtio conſummat, uti ſcite Cujacius ad *Afric. tract.* 7. in *d.* L. 40. Heec num de induſtrialibus tantum, an etiam de naturalibus fructibus intelligenda ſint, quaeritur. Sed quid tempore & ingenio abutimur? Quum induſtriales, tum naturales bonae fidei poſſeſſoris fieri, diſertiſſime docet Paulus *d.* L. 48., a qua nullum effugium eſt. Non obſtat Tribonianaeum illud *pro cultura & cura*, quod ſpectare ad ſolos induſtriales videtur; nam primum illud ad univerſum fundum, non ad ſolos fructus refertur: fundi autem cultura naturalibus quoque fructibus prodeſt: deinde τὸ *cura* latius, quam cultura, patet, comprehenditque multa, ſine quibus terra nullos ne naturales quidem fructus, aut ſaltem non ubertim ferret: ut rivos in agrum deducere, ne arbores areſcant, aliaque his ſimilia, de quib. v. *d. Diſſ.* Contra malae fidei poſſeſſor nullos fructus facit ſuos, *d.* L. 22. *C. de rei vind.* Igitur extantes vindicantur, conſumti condicuntur, *d.* §. 35., *d.* L. 4. §. 2. *fin. reg.* Id utrique poſſeſſori commune eſt, quod ex fructibus reſtituendis ambo impenſas deducant eorum quaerendorum, vel cogendorum, conſervandorumve gratia factas, L. *ſi a domino* 36. §. *ult. de her. pet.*: namque id proprie eſt fructus, quod deducta impenſa ſupereſt, L. *fructus* 7. *ſol. matr.* Hoc uno differunt inter ſe, quod bonae fidei poſſeſſor *omnimodo* impenſas deducat, licet res non extet, in quam impendit, ut ſi qua vi majore nulli pervenerint fructus; malae autem fidei non aliter, quam ſi res melior ſit, L. *plane* 38. *de her. pet.* De impenſis non fructuum, ſed ipſius rei alienae gratia factis v. Cujac. in *d.* L. 38. *ex L. XX. Pauli ad Edict.* Eodem adquirendi modo, i. e. perceptione fructus faciunt ſuos fructuarius & colonus: ex alia tamen, quam culturae, curaeque cauſſa; adquirunt enim ex voluntate ejus, qui uſumfructum conſtituit, aut locavit, L. 61. §. 8. *de furt.* Sed & in percipiendo plus juris habet b. f. poſſeſſor, quum fructuarius, aut colonus. Bonae fidei poſſeſſoris fructus fiunt, quum *a ſolo ſeparati ſunt quoquo modo*, uti Julianus inquit *d.* L. 25. §. 1. *de uſur.*, h. e. ſive ab ipſo poſſeſſore, ſive ab alio quum poſſeſſoris nomine, tum ſuo: fructuarii vero, quum *ipſe eos perceperit*, §. 36. *h. t.*, ac *d.* L. 25. §. 1., aut ejus nomine alius, *d.* L. 61. §. 3. *de furt.*: unde conſequitur, fructus, ſi ſponte ſua exciderint, vel ab alio percepti ſint nomine ſuo, adprehendi a fructuario opor-

oportere, quo ejus fiant: porro furem, ſi pendentes fructus decerpſerit, vel detecuerit, condictione, quae proprietario competit, fundi domino, non fructuario teneri, L. *arboribus* 12. §. *ult. de uſufr.*: denique, ſi fructuarius deceſſerit maturis fructibus, hos pertinere ad dominum proprietatis, non ad heredes fructuarii, quum nemo poſſit plus juris in alium transferre, quam ipſe habet, *d.* §. *36. h. t.*, ac *d.* L. 13. *quib. mod. uſusfr.* Quae de fructuario, eadem *fere* & de colono dicuntur, *d.* §. *36.*, ubi *τό fere* adjectum ex abundanti Theophilus putat merito reprehenſus a Merillio *Obſ. VIII*, 27. Momentoſa ea vox eſt, nam licet quantum ad modum percipiendi pares ſint fructuarius & colonus, L. *quum plures* 60. §. *5. ff. locat.*, tamen jus coloni eo eſt potius jure fructuarii, quod hoc intra tempora conductionis defuncto ſtantes fructus pertineant ad heredem, L. 10. C. *de locat.*; non enim ut fructuarii morte uſusfructus, ita morte coloni conductio finitur, §. 3. infr. *de uſusfr.*, & §. *ult. de loc. & cond.*

§. XXXVIII. Hic §. fugitivus eſt, pertinetque ad *tit. De uſufructu*, ubi explicabitur.

§. XL. uſque ad XLVI. Reliqua eſt traditio, quae magno eſſe argumento poteſt, Romanos Juriſconſultos vocabulo juris gentium abuſos; namque eo gentium jure, quod reapſe naturae jus eſt, ſola domini voluntate dominium transfertur. Eſt quidem opus, ut de ea voluntate conſtet; ſed quaevis animi nota eſt ſatis. Grot. *II*, *6. 1.*, Puſendorf. IV., *9. 6.*, Huber. *Digreſ. IV*, 8. Inſtituto Romanorum, quod ad alias gentes manavit, ſelecta e notis omnibus traditio eſt, quae utpote caeterarum luculentiſſima ad praecidendas lites eſt maxime omnium accommodata. Sed quandoque ipſum jus Romanum transferri ſine traditione dominia permittit, *L. 1. & 2. de publ. in rem act.*: tantum abeſt, ut jus gentium traditionis neceſſitatem imponat. Traditio eſt datio poſſeſſionis, uti rectiſſime Cujacius *Obſ. XI*, 19. In libris Juriſconſultorum *dare* ad dominium, *tradere* ad poſſeſſionem refertur, L. *ſi in rem* 28., L. *ubi* 75. §. *ult. de V. O.* Traditio eſt aut vera, aut ficta. Vera eſt *naturalis datio* rei, L. *non ſtatim* 8. *de pecul.*, ſeu datio poſſeſſionis, quae per corporalem rei adprehenſionem adquiritur. Ficta eſt, quum adquiritur poſſeſſio per alios a naturali adprehenſione modos ad expeditiorem commerciorum rationem Civili jure inſtitutos. Horum genera multa, quae perſequitur omnia Dadinus Alteſerra *De fiction. tract.* *3. c. 4.* & *5.* Unum habes in §. 44. *h. t.*, ac L. *qua ratione 9.* §. *5. eod.*, ubi una, quae vere praeceſſit, traditio, vice fungitur etiam alterius, quae omittitur: ut ecce, ſi quid tibi commodavi, aut locavi, aut depoſui apud te: tum idem non dum redditum vendidi tibi, vel donavi, ſtatim tibi ejus proprietas adquiritur, perinde ac ſi illud a te mihi redditum, rurſus venditionis donationiſve titulo tradidiſſem. Atque haec eſt *brevis* illa *manus*, qua aliquid accipi, ait Ulp. in L. *licet* 43.

§. 2

§. 1. *de jur. dot.* (dd) Alterum habes in §. 45. *h. t.*, ac *d.* L. 9. §. 6. ubi clavium horrei traditio pro mercium in horreo repoſitarum traditione eſt. De ſymbolica iſta traditione fuſe Otto in ſua *Juriſpr. ſymbolica* (ee). Traditione dominium transfertur, ſi qui tradit, jus voluntatemque habeat alienandi, L. *qua ratione* 9. §. 3., L. *traditio* 20. *de adq. rer. dom.*: & ex juſta cauſſa tradat, veluti ex cauſſa donationis, aut dotis, §. 40. *h. t.* Num autem ipſe dominus tradat, an voluntate ejus alius, nihil refert, §. 42. & 43. *h. t.*, *d.* L. 9. §. 4.: nec quidquam intereſt, num certis, an incertis perſonis tradatur; miſſilia (ff) enim a Praetoribus, Conſulibus, atque Imperatoribus jactari in vulgus ſolita, incertis perſonis tradebantur, & accipientium fiebant, §. 46. *h. t.*, *d.* L. 9. §. 7. In venditione illud porro ad transferendum dominium neceſſe eſt, ut aut pretium ſolutum ſit, aut ſatis alio modo factum, puta, expromiſſore vel pignore dato: *quod Lege XII. Tab. caveri*, ait Trib. §. 41. *h. t.* Ego voculam *quod* refero ad ſolam pretii ſolutionem non ad aliam ſatisfactionem; licet, quod ea & ſolutioni, & cuilibet, ſatisfactioni ſubjecta ſit, aliam habere ſententiam videatur. Eo moveor quod jure XII. Tab. ad mancipationes expediendas praeſenti aere opu eſſet: quod fuiſſe jus Graecorum, multis adſtruit Cujacius *Obſ.* XI, 19. Tandem propter publicam commerciorum utilitatem inductum eſt, ut expromiſſore aut pignore dato, habitaque etiam de pretio fide rei venditae dominium transferatur, *d.* §. 41., & L. *quod vendidi* 19. *de contr. emt.* Quantum ad res, intererat olim, mancipi eſſent, nec ne; nam ſolae nec mancipi nuda traditione abalienabantur, Ulp. *Fragm.* XIX, 7. Sed poſt Juſtiniani Conſtitutiones in L. *un. C. de uſuc. transform.*, & L. *un. C. de nud. jur. Quirit. toll. cujuſcumque generis ſit corporalis res*, i. e. quamvis ſit mancipi, *a domino tradita alienatur*, *d.* §. 40. In iis, quae continuo ſequuntur, *Itaque ſtipendaria quoque & tributaria praedia eodem modo alienantur*, Tribonianum non ſatis, quid ſcriberet, attendiſſe, inquit Hotomanus: oportuiſſe autem ſcribi, *Itaque Italica quoque* &c.; hae enim mancipi erant, nec nuda traditione abalienabantur: illa erant nec mancipi, & abalienari poterant traditione ſola: quae proinde non pertinent ad jus novum. Sed nihil mutandum in iis verbis. Alienari praedia illa per traditionem jus fuit ante & poſt Juſtinianum, ſed effectu prorſus diverſo. Ea praedia in bonis erant poſſeſſorum, ſed in dominio quiritario Populi Romani, qui devictis gentibus

(dd) *Num idem ſit* brevis *iſta* manus *cum* manu longa, *cujus apud Javolenum mentio in L. pecuniam 79. de ſolut.: quae Accurſii ſententia eſt in d. L. 43.: an prorſus aliud: in qua opinione ſunt Hotomanus in L. 6. C. de donat., Cujacius in tit. 3. feud. c. 2., & Briſſonius in Lib. de V. S.; non liquet.*

(ee) *Non neceſſe ſit claves apud ipſum horreum tradi, quaeſtionis eſt, V. noſtr. jur. Obſ. V, 2.*

(ff) *De diverſis miſſilium generibus v. Briſſon. De V. S. Lib. XI.*

Digitized by Google

tibus agro multatis poſſidendum fruendumque agrum interdum reddebat ſub lege ſtipendii, vel tributi. Cic. *Verrin.* III, *6. V*, *5.* Facta inter Populum, & Auguſtum partitione Provinciarum, quod hae Principi pendebant, *tributum* dicebatur: quod Populo, *ſtipendium*: quo uno diſcerniculo ſtipendiaria praedia a tributariis ſeparat Theophilus in *h.* §. Jam ante Juſtinianum erat poſſeſſoribus liberum ea praedia per traditionem alienare ſalvo jure Populi: ſublato autem per Juſtinianum quum rerum, tum dominiorum diſcrimine coeperunt ea alienare *eodem modo*, ſubaudi, quo Italica praedia, quae immunia erant, caeteraeque res mancipi alienabantur; ita ut pleniſſimum jus in accipientem tranſiret. Igitur *τὸ eodem modo* non ad traditionem, quis vulgaris error eſt, ſed ad alienationem refertur. Ita ſe rem habere, probat quod proxime praeit *eod.* §., rem, *cujuſcumque generis ſit*, *a domino traditam alienari*: quodque in *d. L. un. C. de nud. jur. Quirit. toll.* ſcriptum eſt, rerum quum mancipi, tum nec mancipi *pleniſſimum*, *& legitimum dominum quemque* eſſe. Bynkershoek *De reb. manc. cap. IX.* Corporalis tantum rei mentio ſit in *d.* §. 40.; nam corporalium vera poſſeſſio, ac traditio eſt, L. *ſervus* 43. §. 1. *h. t.* Sed & incorporalium quaſi poſſeſſio, & quaſi traditio inducta eſt, quae in concedentis patientia, atque uſu accipientis conſiſtit, *L.* 1. §. *ult. de ſerv. ruſt. praed.*, *L. ult. de ſerv.*

TITULUS II.

De rebus incorporalibus.

Rerum privatarum aliae corporales ſunt, aliae incorporales, *pr. h t.* Non minus hae, quam illae in bonis ſunt. Num incorporalium verum dominium ſit, ab interpretibus nonnullis, quibus multum ab re ſua otii eſt, fuſe diſputatum. V. Huber *Praelect. p.* 1, *lib.* 2. *th.* 13., ac *Digreſſ. p.* 1. *lib.* 4. *c.* 6., & *p.* 2. *lib.* 2. *c.* 1. Corporales ſunt, quae ſui natura tangi poſſunt, §. 1. *h. t.*, *L.* 1. §. 1. *de rer. div.* In eundem modum Stoici ſenſibus omnibus ad unum tactum redactis corpora tactu ſolo aeſtimabant. Sen. *Ep. CVI.* Contra incorporales ſunt, quae tangi non poſſunt ſeu quae *in jure conſiſtunt*, §. 2. *h. t.*, *d. L.* 1. §. 1. Quid eſt autem *conſiſtere in jure*? Num talem prorſus habere naturam, qualem jus finxit? Ita Vinnius in h. l. Et vero corporum naturam mutare jus nequit; incorporalibus eam, quam vult, affingit. Et haec quidem vera ſunt, ſed non mihi videntur ſatis explicare, quid ſit conſiſtere in jure. Quid illud ſit, Tullius aperit *Top. c.* 5., ubi duo facit definitionum genera prima, unum earum rerum, quae *ſunt*; alterum earum, quae *intenguntur*, ſeu, quod mox ſubdit, *non ſunt*. *Eſſe* eas ait, quae *tangi poſſunt* (hae corporales res ſunt) *non eſſe*, ſeu *intelligi* eas, *quarum nullum ſubeſt quaſi corpus*, eſt tamen *impreſſa intelligentia*, quam *notionem* vocat: hae ſunt res incorporales: Igitur cujus

rei tantum in mente conſignata notio eſt, nec ullum extra mentem ſubeſt quaſi corpus, ea conſiſtit in jure, quod non aliud eſt, quam ratio. Corporalium exempla ſunt fundus, homo, veſtis, *aurum*, *argentum*, *d.* §. 1. Sed in auro argentove quum rudi, tum ſignato ſpectari aut materia, aut aeſtimatio poteſt. Haec incorporalis, illa corporalis res eſt, L. *ſi is* 94. §. 1. *de ſolut.* Exempla incorporalium ſunt hereditas, uſus, uſusfructus, & obligationes; ſunt enim jura, ſeu poteſtates heredi, uſuario, fructuario, & creditori datae ſuccedendi, utendi, fruendi, agendique cum debitore: ſuntque omnino aliud quod in hereditate eſt, quod utendo, fruendove percipimus, quodque deducitur in obligationem. Haec ut plurimum ſunt corpora: illa prorſus incorporalia ſunt, *d.* §. 2. Vere iſta differre inter ſe, facile cuique eſt intelligere: tantum abeſt, ut *acutae Juriſconſultorum ineptiae* ſint: quod Liberali viſum apud Senecam *De benef. VI*, 5. Qui non ex arte juris loquuntur, ea perperam confundunt. Sed & ipſi Juriſconſulti vulgari more interdum ajunt, hereditatem peti, dividi, poſſideri. In cenſu incorporalium ſunt etiam ſervitutes rerum, aut perſonarum, de quibus inſtituenda oratio eſt.

TITULUS III.

De ſervitutibus praediorum.

PR. Tit. §. I. II. & III. Servitus eſt jus in re aliena, quo dominus alieno commodo aliquid in re ſua pati, aut non facere compellitur. Si alterutrum aliena res debet, *ſervire* dicitur: ſi neutrum, *libera* appellatur, L. *qui uti* 90. *de V. S.* Servit autem aliena res vel praedio, vel perſonae: unde ſervitutum aliae *rerum*, ſeu *in rem*, aliae *perſonarum*, ſeu *in perſonam*, L. 1. *de ſervit.*, *L. Gajus* 12. *de annuis legat.* Agitur *h. tit.* de ſervitutibus rerum, quae *ſervitutes praediorum* vocantur, quod nemo adquirere eas poteſt, qui non habeat praedium, nec quiſquam debere, niſi qui praedium habet, §. 3. *h. t.*, L. 1. §. 1. *comm. praed.* Habere praedium in hac cauſſa eſt praedii dominum eſſe, L. *ſi quis* 6. *eod.* Sed & ſuperficiarius domini loco eſt, L. 1. §. *ult. de ſuperfic.* Idem de emphiteuta vulgo tradunt ob L. 1. §. 1. *ſi ager vect.*, quae tamen vix ad rem facit. Quod eſt apud Ulpianum in L. *ſed ſi* 15. §. *ult. de uſufr.*, dominum proprietatis ne conſentiente quidem fructuario imponere poſſe ſervitutem, perdifficile captu eſt. V. noſtr. *jur. Obſ. V*, 3. Jam praedia, quibus ſervitutes debentur, aut *ruſtica*, aut *urbana* ſunt, *pr.*, & §. 1. *h. t.* Qua re urbana praedia a ruſticis differant, non eſt explicatu facile. V. Merill. *Obſ. III*, 5., Hotomanum, Bachov., Vinnium, atque Huberum in *h. tit.* Ego, ubi de ſervitutibus agitur, Ulpiani regulam ſequor in L. *urbana* 198. *de V. S.*, *Urbanum praedium non locus facit, ſed materia*: cujus conſectarium eſt, quod ait Trib. *d.* §. 1., *dedificia omnia urbana praedia appellari*, *& ſi*

& ſi in villa aedificata ſint : unde & illud conſequitur , loca omnia aedificiis vacua , ſive ruri , ſive in urbe , pro ruſticis haberi . In aliis cauſſis magis loco , uſuve , quam materia aeſtimantur ; quod egregie praeter caeteros exponit Vinnius in *d.* §. 1. Igitur praediorum urbanorum ſervitutes ſunt , quae aedificiis inhaerent : ſervitutes ruſticorum , quae locis aedificio vacuis debentur . Jura praediorum ruſticorum ſunt iter , actus , via , aquaeductus . Iter eſt *jus eundi , ambulandi hominis , non etiam jumentum agendi , vel vehiculum* , *d. pr.*, ac *d. L.* 1. Imus fere ad neceſſitatem utilitatemve praedii : ambulamus valetudinis aut animi cauſſa : quo ſpectant *deambulationes arboribus infructuoſis opacae* in L. *ſi cujus* 13. §. 4. *de uſufr.* , & *ambulatoria porticus* in L. *ſicut.* 8. §. 2. *ſi ſerv. vind.* Quod vero in L. *ut pomum* 8. *de ſerv.*, atque etiam alibi traditur , ſervitutes rerum non ad voluptatem , ſed ad utilitatem praediorum imponi ; id eo pertinet, ne ad ſolam voluptatem imponantur : caeterum ne voluptas acceſſionis loco ſit , non prohibet Lex , quae urbanos liberaleſque modos ut plurimum ſervat. Ita uſuario , cujus jus neceſſitate finit, jus etiam deambulandi permittit , L. *plenum* 12. §. 1. *de uſu & hab.* V. noſtr. *jur. Obſ. V*, 10. Num autem quis pedes commeet , an eques , ſellave , aut curru vehatur, non refert , *L. qui ſella* 7. *inter* 12. *de ſerv. ruſt.*; ſunt enim jumentum , lectica , currus inſtrumenta itineris , quae dediſſe omnia intelligitur, qui iter dedit. Vetatur quidem is , qui iter habet , jumentum ducere , *d. L.* 7. : verum iſthic jumentum non euntem , ſed aliud onus ſubvectat : quod eum facere , qui iter habet, vetant verba illa definitionis, *non etiam jumentum agendi , vel vehiculum* . Actus eſt *jus agendi vel jumentum , vel vehiculum* , *d. pr.* , ac *d. L.* 1. In Ædilitio Edicto , in legatis , multiſque aliis cauſſis jumentorum appellatione non continetur pecus , L. *Ædiles* 38. §. 4. *de Ædilit. Edict.*, L. *legatis* 65. *de leg.* 3. ; jumenta enim proprie ſunt animalia νωτοφόρα , dorſuaria ſeu voſſuaria. Hoc loco jumenti ſignificatio latior eſt , namque & Ulpianus *d. L.* 1. actum definit *jus agendi jumentum* , & Modeſtinus *d. L.* 12. actum eſſe inquit , *ubi armenta trajicere licet* . Ipſa vocabuli origo , ſive a *juvando* ducatur , ut putat Columella VI , 3. : ſive a *jugendo* , quod mavult Gellius XXI , 1., latiorem iſtam ſignificationem ſatis tuetur . Sed & Iſidorus *Orig. XII* , 1. jumentis accenſet boves ; & longe locupletior Iſidoro auctor Varro De *R. R. II* , 10. *jumenta* meminit *doſſuaria:* quo adjuncto indicium facit, alia porro jumenta eſſe , quae dorſo non gerunt . Quin is , qui actum habet , ducere vehiculum poſſit , ne dubites . Eſt id diſerte ſcriptum in *d. pr. h. t.* , in *dd.* LL. 1. 7. & 12. *de ſerv. ruſt.* , & in L. *is cui* 11. *quemad. ſerv. amitt.* Quantum ad Baſilica , ubi actus dicitur jus agendi θρέμμα, *pecus* , ἢ ὑποζύγιον, *vel jumentum* , aut τὸ ὑποζύγιον interpretare *vehiculum* : quo ſenſu interdum Latini *jumentum* dixere , teſte Gellio ibid. , aut Graecorum inſcitiam a bonis Legum interpretibus

R 2 ſae-

ſaepe reprehenſam accuſa. Pro θρίμμα ſubſtituere ὄχημα, *vehiculum*, quod Menagius facit *Amoenit c.* 36., temerarium eſt. Definitis itinere, actuque patet, eum, *qui habet iter, actum non habere: ſed qui actum habet, & iter habere, eoque uti poſſe etiam ſine jumento*, *d. pr.*, ac *d.* L. 1. Tò *etiam ſine jumento* tanquam ſubdititium expunxit Faber *Conject. I*, 20., eum, qui, actum habet, non poſſe ratus pro arbitrio agere, aut ire, ambulare. Sed Fabrum temeritatis convincit exemplarium omnium auctoritas: erroris autem manifeſtarium probat non unus juris locus, maxime vero locus Pauli in L. *qui inter* 2. *quemad. ſerv. amit.*, ubi ſcriptum eſt, eum, qui actum habet, ire quoque poſſe *per ſe*, i. e. ſolum ac ſine jumento. Id ſonat *per ſe* in L. *ſi aliena* 10. §. 1. *de uſuc.* Ergo actui ineſt iter, quod duplex eſt: alterum, quod ſine jumento fit, puta ab eo, qui ſolus, nec agens jumentum it ambulat: alterum, quod fit cum jumento, puta ab eo, qui is agens jumentum. Hoc non eſt ſervitus ab actu diverſa, ac ſine hoc eſſe actus nunquam poteſt, *L. 1. de adim. leg.*: illud eſt diverſa ſervitus, actuique ineſt ex tacita concedentis voluntate arg. *L. non debet* 21., *L. in eo* 110. *de R. J.*, & *cap. cui licet eod.* in *VI.*; ſed non pertinet ad ſubſtantiam actus, & ex peculiari conventione haberi ſine eo actus poteſt, *L.* 4. §. 1. *ſi ſerv. vind.* Ita conveniet inter Juriſconſultos, qui in ſpeciem diſcrepant. V. Bachov. in *Treutl. I*, 17. 4. Via eſt *jus eundi & agendi, & ambulandi*. Ea igitur *& iter & actum in ſe continet*; *d. pr.*, ac *d. L.* 1. *de ſervit.* Quoniam autem actus eſt jus agendi, eique ineſt etiam jus eundi ambulandi, quid illud eſt, quo actus & via differunt quidem ea quum latitudine, tum genere vehiculi: quorum hoc Bynkershoekius *Obſ. IV*, 7., illud illuſtrat Joh. Robertus *Sent. IV*, 5.; ſed ea hoc loco quaerenda differentia eſt, quae appareat in verbis ipſis definitionum: apparet autem in verbis haec una, quod viae propalam, actui tacite & per conſequentias ineſt iter: quo fit, ut qui habet actum, hunc omnino debeat vindicare, iter non poſſit: qui vero viam habet, vindicando aut viam, aut iter & actum, aut horum alterutrum, recte agat. Cujac. *Obſ.* XXII, 35. Alia de hac re habent Janus a Coſta in *h. t.*, & Menagius l. c.; ſed ea nauci ſunt. Porro aliquid mutant in definitione viae Connanus *Comm. VI*, 2., Hotomanus in *h. t.*, Donellus *Comm. XI*, 6., & Grotius in *flor. ſparſ. ad. h. t.*; verum obſtat exemplarium fides. Aquaeductus eſt *jus aquae ducendae per fundum alienum*, *d. pr.*, ac *d. L.* 1. *de ſervit.* In eum uſum adhibebantur olim, ut noſtris temporibus, canales ſtructiles, aut fiſtulae plumbeae, aut fictiles tubuli. Vitruv. *Architect. VIII*, 7. De fiſtulis iſtis v. Conſtantium Landum *Lib. Exerc.* in *L.* 12. §. 24. *de fund. inſtr. leg.* Aliud ab aquaeductu eſt *iter aquae* in *L. ſi mihi* 21. *de ſerv. ruſt.*, & *L. ult. ſi ſerv. vind.*; nam dare tibi poſſum aquae ducendae jus ex fonte meo, licet iter aquae non dem, i. e. licet eam per fundum meum non ducas. Govean. *Lect.* I, 17. Quinque alias ruſticorum praediorum ſervitutes ſub-

Digitized by Google

ſubnectit Trib. §. 2., *aquae hauſtum*, ſeu jus aquae hauriendae ex fonte alieno, L. *ſervitus* 9. *de ſerv. ruſt.*: *pecoris ad aquam adpulſum*, ſeu jus pecoris adpellendi ad fontem alienum, L. *veluti* 6. §. 1. *eod.*: *jus pecoris paſcendi*, quod *paſcui ſervitus* appellatur in *d.* L. 6. §. 1.: *jus calcis coquendae*, & *arenae fodiendae jus*. Sunt & aliae in L. *item* 3. §. 1. & 2., L. *ergo* 5. §. 1., ac *d.* L. 6. *eod.* Quo autem jura iſta ſervitutes ſint ruſticorum praediorum, ad horum uſum pertinere, neceſſe eſt. Si nulla in iis vertatur utilitas praediorum, magis ſunt ſervitutes hominum: qua de re multis in noſtris *Obſ. V*, 8. Sex praediorum urbanorum ſervitutes recenſet Trib. §. 1. *h. t.* Prima eſt, *ut vicinus onera vicini ſuſtineat*, h. e. ut vicini paries, aut columna onus ferat domus vicini: quae *oner ferendi* ſervitus in L. *& ſi* 6. §. 2. *ſi ſerv. vind.*, & *ſervitus oneris* dicitur in L. *pen. de damn. inf.* Regulariter in omnibus ſervitutibus refectio ad eum pertinet, qui ſibi ſervitutem adſerit, non ad eum, cujus res ſervit, *d.* L. 6. §. 2.; ſed impoſita oneris ferendi ſervitute *evaluiſſe Servii ſententiam*, ſubdit Ulpianus, *ut poſſit quis defendere, jus ſibi eſſe, cogere adverſarium reficere parietem ad onera ſua ſuſtinenda*. Idem Paulus docet in L. *cum* 33. *de ſerv. urb.*; at vero is rationem ejus juris repetit ex *lege aedium*, i. e. ex peculiari pacto, contra quam Servius videtur putaſſe. V. noſtr. *jur. Obſ. V*, 12. Secunda eſt, *ut in parietem vicini liceat vicino tignum immittere*. Hanc vocat Paulus ſervitutem *immittendi*, L. 1. *de ſerv. urb.* Tigni appellatione in Lege XII. Tab. ſignificari, Gajus ſcribit in *L.* 62. *de V. S.* omne genus materiae, ex qua aedificia conſtant. Hoc loco proprie trabs eſt. Olim Romae disjunctae aedes erant certo ſpatio, quod Decemviri *ambitum* dixere. Varro *De L. L. IV*, 4. Erat ſpatium illud *ſeſtertius pes*, qua metaphora uſos Decemviros, teſtis eſt Voluſius Metianus *Lib. De aſſe*: ſeu *locus duorum pedum & ſemipedis*, uti Feſtus inquit v. *ambitus*. Nullus tum erat ſervitutibus iſtis locus. Procedente tempore mire auctus civium numerus aedes aedibus contiguas, ac ferendi oneris, immittendique ſervitutes induxit. Communionem iſtam aedium vetuit Nero apud Tacit. *Annal. XV*, 42.: poſteriorum temporum Principes reſtituerunt: ſed intermitti tamen placuit legitima ſpatia a vicinis inſulis, horreis, aliiſve publicis locis. V. L. *Imperatores* 14. *de ſerv. urb.*, *L.* 4. & 46. *C. Th. de oper. publ.* L. 10. & 11. *C. de aedif. priv.*, Cujac. *Obſ. I*, 4., ac Briſſon. *Antiq. I*, 2. Tertia eſt ſervitus ſtillicidii; quarta fluminis, h. e. *ut ſtillicidium vel flumen recipiat quis in aedes ſuas, vel in aream, vel in cloacam, vel non recipiat*, *d.* §. 1. Stillicidium eſt aqua ſtillatim caſſitans ex tegula, *L. ſervitutes* 20. §. 4. 20. §. 4. *de ſerv. urb.* Flumen eſt aqua in canales, alveoſve plumbeos ligneoſve recepta continue, & cum impetu ruens. Varro *De L. L. IV*, 5. Philandr. in *Vitruv. VII*, 11. Num autem aqua in aedes, aream ve, an in cloacam derivetur, nihil refert. Romae poſt Gallicum incendium tanquam in occupato ſolo aedificatum, vetereſque cloacas pri-

mum per publicum ductas privata ſubiiſſe tecta, auctor eſt Livius V, 30. Hinc aquam in alienas cloacas deduci coeptum. Verum quid eſt *τὸ non recipiat* apud Trib.? Ecquid ſervitute eſt opus ad eam rem, quae tota eſt arbitraria? Argumento eſt locus hic juris, Romae poſt introductam aedium communionem, Urbemque pulſis Gallis nullo ſui alienique diſcrimine reſtitutam publico bono cautum, ut vicinus certis caſibus aquam vicinae domus in fundum ſuum recipere compelletur: qua lege poſita vicinus ſervitute opus habebat. Quinta eſt ſervitus altius non tollendi, h. e. *ne altius tollat quis aedes ſuas, ne luminibus vicini officiat, d.* §. 1., ubi *τὸ ne luminibus* finem explicat, cur altius non tollendi ſervitus conſtituatur. Ita ſe rem habere, probat quum Theophili Paraphraſis, tum quod in iis, quae praeeunt, *& ne altius tollat, τὸ &* ſervitutis, quae ultimo loco proponitur, indicium facit. Alibi ſervitus *ne luminibus officiatur* alia eſt a ſervitute altius non tollendi, & latius patet; namque offici luminibus poreſt non ſolum ſublato altius aedificio, ſed & arbore ante aedes poſita, & quovis alio luminis impedimento, *L. inter* 15. *de ſerv. urb.* De ſervitutibus *luminum*, & *proſpectus v.* LL. 3. 4. 13. 15. 16. 40. *eod.*, Cujac. *Obſ. I*, 13., ac Duaren. *Diſp. I*, 33.

§. IV. *Conſtituuntur* autem ſervitutes *pactionibus* (non nudis, ſed legitimis; qua de re in *tit. de obl. Lib. III.*) & *ſtipulationibus*, *h. §.* Pactiones & ſtipulationes modi ſunt, quibus adquiruntur obligationes: quod proprie eſt (a) *conſtitui* h. l.: non quibus rerum in pactiones, ſtipulationeſque deductarum dominia adquiruntur. Ad adquirenda dominia traditione eſt opus. Teſtamento quoque, codicillisve ſervitutes conſtituuntur, ſi quis heredem *damnet, ne altius tollat*: quod tanquam exempli cauſſa dictum accipe, nam potuiſſe ſervitutes etiam per vindicationem legari, patet ex *tit. ff. de ſerv. leg.* Quibus legata per damnationem a legatis per vindicationem differrent, inferius exponetur.

TITULUS IV.

De uſufructu,

PR. Tit. juncto §. XXVIII, *de rer. div.* Servitutes tres perſonarum hoc, & ſeq. Titulo proponit Trib., uſumfructum, uſum, & habitationem. Uſusfructus eſt jus alienis rebus utendi fruendi ſalva rerum ſubſtantia, *pr. h. t.*, *L.* 1, *de uſufr.* jus idem habet colonus: ſed jus coloni ſervitus non eſt; non enim ipſa res colono debet ſervitutem, ut fructuario debet. Uti minus eſt, quam frui. Fructui uſus ineſt, uſui fructus deeſt. Uſus neceſſitate perſonae finitur: fructus omnem prae-

(a) *Interdum conſtitui dicitur ſervitus, quum traditur, L. ſi ego* 11. §. 1. *de publ. in rem act. Ita conſtituta dos dicitur, quum promiſſa, & quum tradita eſt, L. de diviſione* 5. *ſolut. matr.*

praeterea utilitatem, quaeſtumque continet, L. *per ſervum* 14. §. 1. *de uſu & hab.* Hoc ſenſu *voluptate uti*, ac *frui voluptate* ſeparantur apud Senec. *De vit. beat. c.* 10., itemque *uti victoria*, ac *victoria frui* apud Flor. *Hiſt. II*, 6. Verba *ſalva rerum ſubſtantia*, quae alio Merillius, alio refert Galvanus, alio alii, certe ſpectant ad officium fructuarii; de quo in (a) §. 38. *de rer. div.* ſcripta haec ſunt, oportere fructuarium *quaſi bonum patremfam. uti*: proinde *ſi gregis uſumfructum quis habeat, in locum demortuorum capitum ex foetu* (b) *ſummittere*: ac, ſi fundi habeat uſumfructum, *in vinearum demortuarum, vel arborum locum alias ſubſtituere* debere. Tribonianus ait, *gregis*; nam non aliter fructuario imponitur neceſſitas ſummittendi, quam ſi univerſitatis habeat uſumfructum, qui, licet plura ſint capita, eſt tamen unus. Contra ovium, i. e. ſingulorum capitum uſusfructus tot ſunt, quot capita: demortuique capitis uſusfructus omnino finitur, *L. quid ergo* 70. §. 3. *h. t.* Ait *demortuorum*. Adde, *vel inutilium* ex Pomp. in *L.* 69., puta, ſenio, aliove corporis vitio. Ait, *ex foetu*, ſeu *ex adgnatis*, uti loquitur Ulp. in *L. vetus* 68. §. 2. Ergo ſi nulla nova adgnaſcantur capita, fructuarius ſupplere gregem non debet. Habes hinc, fructuarium ea quoque damna praeſtare, quae ſine ejus culpa contingunt; modo tamen contingant vitio ipſius rei, non externa aliqua vi, ut ſi quam arborem tempeſtas afflixerit, *L. arbores* 59. *pr.*

§. II. Iisdem illis verbis, *ſalva rerum ſubſtantia*, monemur, uſumfructum in iis tantum rebus conſtitui, quae ipſo uſu non conſumuntur: quales ſunt fundus, aedes, ſervi, jumenta. Ne in iis conſtituatur, quae uſu pereunt, quales ſunt vinum, oleum, frumentum, naturalis & civilis ratio vetat; nam quid eſt tam ſimile monſtro, quam rei uſumfructum abire in proprietatem? §. 2. *h. t*, *L. ſed de pecunia* 2. §. 1. *de uſufr. ear. rer.* Uſu conſumi non eſt paullatim atteri; ita enim nullum corpus eſſet, cujus conſtitui non poſſet uſusfructus; ſed ipſo uſu ſtatim tolli, ac perire, *L.* 1. *ff. eod.* At enim Tribonianus *veſtimenta*, ut vinum, oleum, frumentum, recipere poſſe uſumfructum negat. Sed eum male accepto Ulpiani loco in *d. L.* 1. vehementer erraſſe, demonſtratum a nobis eſt *Obſ. V*, 18. In iis, quorum non eſt uſusfructus, pecuniam numeratam eſſe, ne ambigas. Verum non omnia in omnibus paria ſunt. Uſu corpus ipſum vini, olei, frumentive tollitur, non item pe-

(a) *Hunc §. a tit. de rer. div. & adq. rer. dom. fugitivum dixi p.* 215. *Sed magis eſt, ut mutilus ſit. Omiſit Trib., quod apud Pomp. eſt in L, vel inutilium* 69. *de uſufr.*, *a fructuario* ſubſtituta ſtatim domini fieri, *ſubaudi*, jure acceſſionis. *Ita §. ille ad modum pertinet adquirendi dominii per acceſſionem.*

(b) *Quod hic a Trib.* ſummitti, *mox ab eodem dicitur* ſubſtitui. *Subſtitutione hac* ſuppleri gregem, *inquit Ulp. in L. vetus* 68. §. 1. *h. t. Igitur probe falluntur, qui* ſummitti *interpretantur* educari, *aut* in venerem mitti. *V. Cujac. Obſ. XI*, 36.

Digitized by Google

pecuniae. At haec, ut illa, ei, qui utitur, omnino perit. Recte igitur Tribonianus pecuniam numeratam aſſidua permutatione *quodammodo* extingui, ſcribit. Naturalis illa, ac civilis ratio ſtabat aetate Tullii, cujus e *Top. c. 3.* verba haec ſunt. *Non debet ea mulier, cui vir bonorum ſuorum uſumfructum legavit, cellis vinariis & oleariis plenis relictis, putare ad ſe pertinere; uſus enim, non abuſus relictus eſt.* Mox cautum Senatusconſulto, cujus interpretes Nerva P., Caſſius, & Sabinus Tiberio coaevi in *L. 3. & 5. eod.*, *ut omnium rerum, quas in cujuſque patrimonio eſſe conſtaret, etiam earum, quae uſu tolluntur, vel minuuntur, uſusfructus legari poſſit*, *d. L.* 1. Non potuit quidem naturalis ratio auctoritate Senatus commutari, ſed *remedio introducto* coepit quaſi uſusfructus haberi, *L. 2. eod.* Remedium iſtud (c) cautio, i. e. ſatisdatio eſt, *L. tribus 8. eod. tit.*, eaque legatarius heredi cavet, quandoque is mortuus, aut capite deminutus ſit, ejusdem qualitatis rem reſtitui, vel, quod commodius eſt, aeſtimatis rebus certae pecuniae nomine cavet, *L. ſi vini 7. eod.* Num iſtius cautionis remedium verbis Senatusconſulti comprehenſum fuerit, an ex ſententia Senatusconſulti a Prudentibus inductum, quaeritur. Sed rem totam tranſigit Ulpianus, qui *Senatuſconſultum de cautione loqui* ait in *L. ſi lanae 11. eod.* Jam quoniam in Libris juris nuſquam iſtiuſmodi cautionis mentio fit, quin heredis, aut legatarii mentio fiat, vides, quaſi uſumfructum non aliter conſtitui, quam teſtamento, codicilliſve.

§. I. Verus autem uſusfructus non ſolum teſtamento, codicilliſve, ſed & pactionibus, ac ſtipulationibus conſtituitur, uti de conſtituendis ſervitutibus generaliter dictum eſt. Teſtamento, codicilliſve ſeparatur a proprietate uſusfructus, ſi cui quis uſumfructum leget; nam nuda proprietas manet penes heredem: aut ſi fundum leget *deducto uſufructu;* nam nuda proprietas legatarii eſt, uſusfructus heredis, *§. 1. h. t.*, & *L. uſusfructus 6. de uſufr.* Tò *deducto uſufructu* momentoſum eſt; quum enim ſecundum communem loquendi uſum, qui maxime in teſtamentis attenditur, ut late P. Faber *Semeſtr. II, 14.*, vox *fundus* ſignificet *plenam proprietatem*, h. e. proprietatem & uſumfructum; *L. ſi Titio 19. de uſu & uſufr. per leg.*; ſi uni quis uſumfructum, alteri fundum non deducto nominatim uſufructu relinquat, uſusfructus inter eos communicatur, *L. ſi alii 19. eod.* Porro conſtituitur quandoque uſusfructus ſententia judicis, ſi hic in familiae erciſcundae, & communi dividundo judiciis alii proprietatem adjudicet, alii uſumfructum, *d. L. 6. §. 1.* Demum conſtituitur Lege ipſa. Inductum id primum a Conſtantino, cujus Conſtitutione in *L. 1. C. de bon. mat.* patri bonorum filii maternorum uſusfructus eſt datus: quod idem de bonis materni generis mox cautum a Gratiano, Valentiniano, ac Theodoſio *L. 6. C. Th. eod.* Utriuſque generis bona olim patri adquirebantur. Sunt & alia exem-

(c) *Cautiones in jure* remedia *appellantur*, L. *Macianae 7. pr.*, & L. *heres 79. §. 3. de cond. & dem.*

exempla uſuſfructus Lege conſtituti, quae congerit omnia Noodtius *De uſufr. II*, 4.

§. III. & IV. Ne tamen omnino inutilis eſſet nuda proprietas, placuit uſumfructum certis modis finiri, & ad proprietatem reverti. Primus eſt naturalis mors fructuarii, cujus perſonae aliena res ſervit. Quid ſi uſuſfructus civitati ſit datus? Haec vivere intelligitur longaevi hominis vitam, i. e. annos centum; proinde exacto ſeculo recurrit ille ad proprietatem, L. *an uſuſfructus* 56. *h. t.* Sed & ante id tempus mori civitas poteſt, inducto in urbem aratro, quod paſſam olim Carthaginem (*d*), Modeſtinus ſcribit in L. *ſi uſuſfructus* 21. *quib. mod. uſuſfr.*, aut urbe terraemotu abſorpta. V. P. Fabr. *Semeſtr. I*, & 9., Raevard. *Conject. II*, 7., & Grot. *De J. B. II*, 9. Secundus eſt capitis minutio fructuarii, ex Conſtitutione Juſtiniani in L. *pen.* §. *ult.* C. *de uſufr.* tantum maxima, aut media; utraque enim interire homines intelliguntur, L. *verum* 63. §. *ult. D. pro ſoc.*: ante Juſtinianum, etiam minima. Paul. Sent. *III*, 6. 29. (*e*). Tertius eſt, ſi quis non utatur *per modum & tempus*, §. 3. *h. t.* Modum hunc vulgo diſpeſcunt in duos, alterum, ſi quis non utatur per modum conventum, quem conſtat adjici ſervitutibus poſſe, non ſolum realibus, veluti quo genere vehiculi agatur, L. *ſervitutes* 4. §. 1. *de ſervit.*, ſed etiam perſonalibus, veluti quo modo, aut tempore ſilva, cujus datus eſt uſuſfructus, caedatur: alterum, ſi quis non utatur per tempus Lege praeſtitutum. Sed valde falluntur. Si non ſit ſervatus modus ſervituti adjectus, *ſervitutem non amitti*, diſertiſſime docet Marcellus in *L. is, cui* 11. *D. quemad. ſerv. amit.*: tantum ait, ei, qui non ſervavit modum, *non concedi, plus, quam pactum eſt, in ſervitute habere*. Multus eſt in hac re Ger. Noodt *De uſufr. II*, 9. Igitur tum demum amittitur uſuſfructus, quum fructuarius omnino non utitur. Et vero Juſtinianus in *d.* L. *pen.*, ad quam ſpectat Trib. *d.* §. 3., *Corruptionem*, inquit, *uſuſfructus multiplicem eſſe, veteribus placuit, vel morte uſufructuarii, vel capitis deminutione, vel non utendo*. Non addit *per modum*. Quid vero eſt τὸ *per modum, & tempus* in *d.* §. 3.? Eſt modus temporis, quod Accurſio ſuboluit τὸ *per modum & tempus* explicanti *per moderatum tempus*. Ita *pateris & auro* apud Virg. *Georg. II*, 192. idem eſt ac *pateris aureis*, teſte Servio in eum loc.; *jure & ordine* apud Gell. XI, 18. idem, ac *juris ordine*, quae exempla Noodtius producit, & quod porro addas velim, in veteri teſtatorum formula *tabulis ceriſve* prorſus idem, a *tabulis ceratis*. Ut uſuſfructus non utendo amittatur, fructuarium neceſſe eſt non uti per tempus *ad amiſſionem conſtitutum*, ut Paullus loquitur in L. *ſi communem* 10. §. 1. *quemadm. ſerv.* Modus autem

(d) *Id de Carthagine vix alibi ſcriptum. V. Gothofr. in* L. 21. *quib. mod. uſuſfr.*

(e) *De antiqui juris ratione ſatagunt Interpretes. V. Bachov. & Vinn. in* §. 3. *h. t., & Ger. Noodt. De uſufr. II, 7. & noſtr. jur. Obſ. V*, 16.

Digitized by Google

tem temporis alius olim fuit, quam nunc eſt. Ante Juſtinianum erat annus, ſi quis re mobili non utebatur: ſi re ſoli, biennium. *Paul. Sent.* III, 8. 33. Tum Juſtinianus annum ad triennium produxit: biennium ad annos decem inter praeſentes, viginti inter abſentes; *d. L. pen.*, & *L. un. C. de uſuc. transf.* Quartus eſt *conſolidatio*, i. e. reditus uſusfructus ad proprietatem: unde *ſolida* pars fundi dicitur in L. *a liberto 35. de bon. lib.*, quae non deducto uſufructu debetur. Conſolidatur autem uſusfructus, quum fructuarius vel proprietatem rei adquirit, quo caſu extinguitur uſusfructus tanquam ſervitus; nam nemini ſua res ſervit: vel uſumfructum cedit domino proprietatis, *nam cedendo extraneo nihil agit*, *d.* §. 3. *Nihil agi* apud Trib. eſſe idem putant Janus a Coſta in *h.* §., Weſembecius *Par.* in *h. t.*, aliique nonnulli, ac non valere, quod agitur: quae eſt ejus formulae vis in L. *ſed & ſi 25.* §. 3. *h. t.*, L. *quotiens* 15. *de ſerv.*, & *pe. tit. qui & quib. ex cauſ. man. Lib.* 1. Interpretationis iſtius conſectarium eſt, uſumfructum non domino proprietatis ceſſum penes fructuarium manere. Contra Accurſius, Cujacius, Vinnius, ac noviſſime Noodt *De uſufr.* II, 10. *nihil agi* interpretantur quaſi ſcriptum, nihil agi in perſona extranei, ſed utiliter agi in perſona domini, cui ſtatim adquiritur uſusfructus. Quandoque id ſonare eam formulam in Libris juris, ſolide probat Cujacius collatis Juliani, & Ulpiani fragmentis in L. *per ſervum* 37. §. *ult. de adq. rer. dom.*, & L. *qui mihi* 13. *de donat.* Eſſe in hanc ſententiam accipiendum Tribonianeum illud *nihil agitur*, demonſtrat Pomponii locus in *L. ſi uſusfructus 66. de jur. dot.*, ubi uſufructu ei ceſſo, qui proprietatem non habet, *nihil ad eum tranſire* inquit, *ſed ad dominum proprietatis reverſurum uſumfructum*. Ne quis vero argumento *τῦ reverſurum* facile ſibi perſuadeat, uſumfructum non ſtatim ut ceſſus extraneo eſt, ſed ſuo tandem tempore, h. e. mortuo, vel capite minuto fructuario, rediturum ad dominum proprietatis, facit ipſa ſpecies, quam Pomponius pertractat. Dominus proprietatis fundi uſumfructum dotis nomine marito dedit: hinc difficultas nata poſt divortium circa reddendum jus mulieri, quoniam uſusfructus ei, qui proprietatem non habet, ceſſus ad eum non tranſit, ſed ad dominum proprietatis revertitur. Quaerenda igitur erat ratio, qua non periret uſusfructus, ejus tamen utilitas ad mulierem perveniret. Ait autem Pomponius, recte nonnullos remedii loco putaſſe introducendum, ut vel locaret hunc uſumfructum mulieri maritus, vel venderet numo uno, quo color aliquis locationi, aut venditioni obduceretur: ita enim fieri, ut ipſum quidem jus remaneret penes maritum, perceptio vero fructuum, quae tanquam facti in quemvis transferri poteſt, ad mulierem pertineret. Quae quum ita ſint, quid opus eo remedio fuiſſet, ſi uſusfructus non ſtatim poſt ceſſionem, ſed ſuo tandem tempore fuiſſet ad proprietarium rediturus? aut quid incommodi fuiſſet mulieri metuendum ab inutili ceſſione? Nonne, ſi ceſſus ei a viro uſusfructus non continuo periiſſet, idem quo-

que

que fuiſſet conſequuta, nempe fructuum perceptionem; Cur igitur cedi uſumfructuum vetuit Juriſconſultus? Cur ea ceſſione nihil tranſire ad eam dixit? Cur ei alio conſilio proſpiciendum curavit? Sane haec omnia eo ſpectabant, ut ne ſtatim uſusfructus periret. Neque obſcura iſtius juris ratio eſt. Uſusfructus, quoniam jus eſt adhaerens perſonae, tranſire ad alium non poteſt. At vero quum fructuarius animum fructuarii deponat, penes hunc invitum manere non debet. Quid ergo aliud reſtat, niſi ut a fructuario diſcedat cum *interitu ſui*? Ita docet Paulus in L. *vel ſi* 15. *fam. erciſc.* Hactenus dicta intelligenda ſunt de veteri ceſſione *in jure*. Paul. *Sent. III*, 8. 35. In jure cedere erat cedere apud Magiſtratum Populi R., puta Praetorem, Praeſidemve adhibitis certis ſollennibus, de quibus Ulp. *Fragm. tit.* 19., ac Boethius *Lib.* 3. *in Top. Cic.* Uſusfructus in jure ceſſi mentio nulla in Pandectis, uſusfructus traditi non rara. Quid miremur? Ceſſione in jure quiritarium dominium, traditione bonitarium transferebatur. Tribonianus, ſublata per Imperatorem ſuum differentia quum dominiorum, tum modorum, quibus illa adquirebantur, mentionem ceſſionis in jure e fragmentis Juriſconſultorum eraſit; certeque expunxit ex *d.* L. 66. *vi in jure*, quod Pomponius adſcripſerat; ſed tota ejus loci ſententia ex jure veteri explicanda eſt. Numnam igitur diſtinguendum in hac cauſa eſt novum jus ab antiquo? Ita perſuaſum eſt mihi de ea re. Jure antiquo uſusfructus extraneo ceſſus extinguebatur. Teſtem laudo Pomponium, cujus locus accipi aliorſum non poteſt. Jure novo ceſſus domino extinguitur: extraneo ceſſus neque in extraneum tranſit, nec recurrit ad proprietatem, ſed penes fructuarium manet. Teſtem do Tribonianum, qui quoniam extraneo dominum opponit, ceſſumque domino uſumfructum finiri ait, neceſſario negat finiri, ſi extraneo cedatur. Ita *nihil agi* apud eum dicitur, quod prorſus non valet. Sed facere non poſſum, quin iraſcar Triboniano, qui antiqui juris veſtigia in Pandectis reliquit. Quintus eſt interitus rei, quae ſerviebat, *d.* §. 3., & *L.* 16. §. 1. *C. de uſufr.* Interire res dicitur, quum ita mutatur, ut ſecundum communem loquendi conſuetudinem retinere priſtinum nomen non poſſit: qua de re Vinnius in h. l., & Noodtius *II*, 11.

TITULUS V.

De uſu, & habitatione.

PR. Tit. Quibus modis uſusfructus, pene iiſdem uſus conſtituitur, aut finitur, *pr. h. t.* ac *tot. tit. de uſu & habit.* Tò *pene* additum de meo eſt; uſusfructus enim conſtitui pro parte poteſt, non item uſus, *L.* 5. *de uſuf.*, *L.* 19. *de uſu & hab.* Uſusfructus dividuus eſt, ut dividua eſt utilitas, quae percipitur ex re aliena: uſus individuus, ut individua cujuſque neceſſitas eſt, uſumque imitantur ſervitutes praedio-

rum, quod in in ſolo facto uſuque conſiſtant, *d. L.* 19., ac *L.* 1. §. 9. *ad L. Falc.* Porro nuſquam eſt ſcriptum, in familiae erciſcundae, & communi dividundo judiciis uſum, ſervituteſve praediorum conſtitui poſſe. Iidem quoque ſunt modi conſtituendae, finiendaeve habitationis; ſed haec quoniam in facto potius, quam in jure conſiſtit, L. *legatum* 10. *de cap. min.*, olim non, ut uſusfructus, uſuſve, minima capitis deminutione amittebatur, *L. pen. C. de uſufr.* Omnibus communis eſt cautio de utendo boni viri arbitratu, *L. huic* 5. §. 1. & 3. *uſufr. quemadm. cav.*

§. I. uſque ad V. Uſui fructum deeſſe, ait Ulp. in *L. per ſervum* 14. §. 1. *de uſu & hab.* Hinc uſus eſt jus utendi re aliena ſalva rei ſubſtantia, quantum quotidiana neceſſitas poſcit. Igitur minus juris in uſu eſt, quam in uſufructu: quod exemplis uſusfructus fundi, aedium, ſervi, & pecorum exponit Tribonianus. Qui fundi uſum habet, morandi in fundo, & habitandi, & deambulandi, & geſtandi jus hactenus habebit, ut nec domino moleſtus ſit, neque iis, per quos opera ruſtica fiunt, impedimento: quod diſtincte explicant Ulp., & Gajus in *L. ſi habitatio* 10. §. 4., & *L.* 11. *eod.*: porro oleribus, pomis, floribus, foeno, ſtramentis, lignis, & aqua utetur ad uſum quotidianum, §. 1. *h. t.*, & *L. plenum* 12. §. 1. De (*a*) foliis, oleo, frumento, ac frugibus diſputatum. Sed placuit tandem, uſuarium ex iis omnibus, quae in fundo naſcuntur, quod ad victum ſufficiat, ſumturum, *d. L.* 12. §. 1. Ita qui aedium uſum habet, in aedibus habitabit, §. 2. *h. t.*: qui ſervi jumentive, horum opera & miniſterio utetur, §. 3. *h. t.*: qui *pecorum* (*b*) *vel ovium*, his utetur ad ſtercorandum agrum, §. 4. *h. t.* At vero in univerſum nemo eorum *jus*, *quod habet*, h. e. emolumentum ſuum (namque ipſum jus perpetuo adhaeret perſonae, L. *ſi uſusfructus* 66. *de jur. dot.*) locare, aut vendere, aut gratis concedere alii poteſt: quae omnia facere fructuarius non prohibetur, *dd.* §§. Diſcriminis ratio poſita in eo eſt, quod uſus ſola

(a) *Uſum foliorum negavit Nerva apud Ulp. d.* L. 12. §. 1. *Ecquid Nervam movit? In obſcuro eſt. V. noſtr. jur. Obſ. V*, 20.

(b) *Quidam malunt*, veluti: *nam τὸ* vel *a pecoribus oves ſeparat, tanquam rem longe aliam. Scipio Gentilis Parerg. I, 5. retinet* τὸ vel *tanquam particulam explicantis: quae haud inſolens ejus voculae ſignificatio eſt. Pecora ait antiquiſſimis temporibus prorſus idem fuiſſe apud vulgus, atque oves: unde apud Italos* pecora: *eoque ſenſu uſum illo vocabulo Tribonianum? continuo autem, ne qua animo lectoris dubitatio haereret, explicationis ergo addidiſſe*, vel ovium. *Ego vero, quod in d. L.* 12. *unde hic §. deſcriptus eſt, inter pecus, & oves interponitur* puta, *quae vox facit, ut oves pecori tanquam generi ſubjiciantur, ſentire cum Gentili non poſſum. Quid autem vetat, ne* vel *pro* veluti *poſitum dicamus? Donati teſtimonio id ſonat* vel *apud Terentium Hecyr. I, 1. v. 3.*

Digitized by Google

ſola neceſſitate aeſtimatur: alia autem unius, alia alterius neceſſitas eſt. Sed Romanae benignitatis erat cum uſuario largius agi, quam ut ſubtile jus poſtulare videretur. Igitur uſuario datum cum ſuis, cum convivis, & cum hoſpitibus fundo uti pro dignitate ſua, *d. L.* 12. §. 1.: in aedes excipere conjugem, liberos, parentes, ſocerum, nurum, libertos, ſervos, aliaſve liberas perſonas, quibus non minus, quam ſervis, utitur: item clientes, atque hoſpites, quin & inquilinum, dum ipſe quoque inhabitet, *d.* §. 2., *L.* 2. §. 1., *L.* 3. 4. 5. 6. 7., & 8., ovibus ſic uti, ut modicum lac ſibi ſumere non prohibeatur, quamvis illud *magis in fructu ſit*, h. e. non in uſu, ſed in fructu, uti agni, & lana, *d.* §. 4. ac *d. L.* 12. §. 2.; demum caetera in promiſcuo uſu cum conjuge habere, *L.* 9. *eod.*

§. V. Habitatio eſt jus inhabitandi. Eam Proculiani eſſe ajebant uſumfructum, Sabiniani uſum, Javolenus rem tertiam, & quaſi proprium aliquod jus. Vicit Javoleni ſententia ſub Juſtiniano, qui controverſiam diremit in *L.* 13. C. *de uſufr.* Sed habitatio propius accedit ad uſumfructum, qui enim inhabitandi jus habet, aedes locare totas, ut fructuarius, poteſt: quod uſuario non permittitur, licet uſui inſit habitatio: tantum quandoque praeſtat tacito expreſſum. At non aeque poteſt, ut fructuarius, donare, *d. L.* 13. Erat hoc Tit. dicendum aliquid de operis ſervorum; ſed Tribonianus tamen ne verbum quidem unum. Eae num ſint uſus, an uſusfructus, ambigitur. Uſumfructum eſſe, tradit Gajus in *L. fructus* 4. *de oper. ſerv.*: eſſe uſum, docet Terentius Clemens in *L.* 5. *eod.*; neutrum eſſe, inquit Paulus in *L.* 1. §. 9. *ad L. Falc.* Vere illae neque uſusfructus ſunt, neque uſus, ſed proprium quoddam jus: unde in Pandectis inter Titulum *De uſufructu*, ac Titulum *De uſu & habitatione* interjacet Titulus *De operis ſervorum*; ſed interdum propius ab uſufructu, interdum propius ab uſu, interdum longe abſunt ab utroque. Locantur, ut uſusfructus, *L. hominis* 2. *de uſu & uſufr. leg.*: individuae ſunt, ut uſus, *d. L.* 1. §. 9. *ad L. Falc.* Verum operae legatae capitis deminutione, aut non utendo non ammittuntur, & ad heredes legatarii tranſeunt, & uſucapto ſervo deſinunt deberi, *d. L.* 2.: quae ſecus eſſe in uſu, atque uſufructu, patet ex dictis, & ex *L. locum* 17. §. 2. *de uſufr.*, & *L. juſto* 4. §. 5. *de uſurp. & uſuc.* Confer Cujaciana ex Libris Obſ. XIX, 23.

TITULUS VI.

De Uſucapionibus, (a) longi temporis poſſeſſionibus, & praeſcriptionibus.

PR. Tit. §. XI. & XII. Nunc de modis ſingularibus adquirendi dominii jure Civili inſtitutis. Primus eſt uſucapio, quae eſt *adjectio de-*

(a) *Vulgati Libri habent*, De uſuc. & long. temp. praeſcr.: *Theophi-*

dominii per continuationem poſſeſſionis temporis a Lege definiti , L. 3. *de uſurp. & uſuc.* Nihil eſt, cur Cujacius *τὸ adjectio* mutet in *adeptio* ex auctoritate Ulpiani *Fragm. XIX* , 8. Adjici quandoque eſt adquiri , §. 4. infr. *per quas perſ.* : quo ſenſu *adjecta bona* dixit Caſſiodorus *Var. IV*. 16. Quae nobis adquiruntur, ea patrimonio noſtro adjici , manifeſtum eſt. Quod in uſucapione potiſſimum ſpectatur , poſſeſſio eſt: unde invenit illa nomen a poſſeſſione, quae in XII. Tab. *Tab. VI.*, & apud Horat. *Serm. II*, 2. *v.* 159. *uſus* appellatur. Sunt porro ad uſucapionem neceſſaria juſtus titulus , bona fides , ac legitimi temporis decurſus. Ergo quod a non domino , quem dominum eſſe , aut jus habere alienandi , putabam , juſta aliqua de cauſſa , puta emtionis, vel donationis accepi , per legitimum tempus perpetuo poſſeſſum adjicitur mihi domino ignorante. Videtur quidem id , uti omne magnum exemplum , habere aliquid ex iniquo ; ſed *contra ſingulos utilitate publica rependitur* , ut ſcite Tacitus *Annal. XIV* , 44. Qui omnia exigunt ad regulas juſtitiae private , quae privatas tantum ſpectat hominum utilitates, uſucapionem vocant *impium praeſidium* , uti praeſcriptionem , cujus eadem , quae uſucapionis ratio eſt , Juſtinianus appellat in (b) *Nov. IX.* : qui vero tantum privatis commodis pretium ponunt , ut publica multo pluris eſſe intelligant , uſucapionem commendant tanquam *finem ſollicitudinis , ac periculi litium*, uti Tullius loquitur *pro Caecin. c.* 26. Et vero bonum publicum eſt , dominia in incerto non eſſe : *nec* jure de rerum ſuarum jactura querentur domini , quibus ad eas inquirendas plus quam ſatis ſpatii eſt datum , *pr. h. t.*, & *L.* 1. *cod.* Bo-

nam

phili Paraphraſis , & Codices quidam manu exarati , De uſuc. & long. temp. poſſ. *quam lectionem optimi quique Interpretes praeferunt eo argumento , quod longae poſſeſſionis mentio ſit in pr. h. t. , praeſcriptionis in toto tit. plane nulla . Ego h. t. agi ajo etiam de praeſcriptione , ad quam ſpectat totus §. ult. : ſed quae ibi proponitur , non longi temporis praeſcriptio eſt . Igitur Titulum de conjectura reſtituo priſtinae integritati in hunc modum*, De uſucapionibus, longi temporis poſſeſſionibus , & praeſcriptionibus.

(b) *Quod ea Nov.* in Codice Graeco *non ſit , quodque a Juſtinianea Juriſprudentia prorſus abhorreat , praeſcriptionem tanquam.* impium praeſidium *traduci , Conſtitutionem illam Juſtiniano abjudicat Duarenus in tit. D. de uſurp: & uſuc.* c. 1. *Prius illud tanti non eſt , ut indicium faciat ſuppoſitionis : poſterius poteſt quidem primo obtutu mirum videri , ſed mirari deſines , ſi attenderis , ea ipſa Conſtitutione probari praeſcriptionem ſecularem , ſeu centum annorum contra Romanam Eccleſiam , ſolamque* 30. *annorum praeſcriptionem impium praeſidium vocari in gratiam Eccleſiae Romanae. Caeterum poſt eam* Nov. *non deſiit tricennalis praeſcriptio aliis obſtare , uti ante eidem Eccleſiae obſtabat . Mox ſecularem illam praeſcriptionem ſuſtulit idem ipſe* Imp. *in Nov.* CXL. , *ubi & Novellam* IX. *tanquam ſuam adgnoſcit .*

ſtam fidem initio poſſeſſionis intervenire, neceſſe eſt: mala fides, quae ſupervenit, non interpellat uſucapionem, L. *juſto* 44. §. 2. *h. t.*, & L. *un. C. de uſuc. transf.* Jure Canonico ſecus eſt, *cap. ult. de praeſcript.* Cauſſa non ſolum juſta, i. e. ad transferendum dominium idonea, ſed vera etiam eſſe debet. Ita non ſufficit opinari, ſed & vere emtum, donatumve eſſe oportet, §. 11. *h. t.*, L. *Celſus* 27. *eod.*, L. 2. *pro emt.*, L. 1. *pro donat.* Sed recte monet Hotomanus, intereſſe, num intervenerit traditio, nec ne; nam ſi heres rem tanquam legatam tradiderit mihi bona fide accipienti, me uſucapturum, ait Pomponius in L. *ſi ancillam* 4. §. 2. *pro ſuo*: quod ſi vero rem poſſideam, quam mihi legatam falſo puto, me eam pro legato uſucapturum, negat Paulus in L. 2. *pro leg.* Sed & illud referre arbitror, num qui rem tradit, is ſit, qui cauſſam habere probe notam debeat, an non. In univerſum juſto poſſeſſoris errori parcendum. Exempla ſunt in L. *pro emtore* 2. §. 15. & 16., L. *quod vulgo* 11. *pro emt.*, & L. *ult.* §. 1. *pro ſuo*. Poſſidere in hac cauſſa is intelligitur, qui animo domini rem tenet. Fructuarius colonus, ac ſi quis eſt alius, qui non animo domini rem tenet, uſu eam non capit, §. 5. infr. *per quas perſ.* Poſſeſſio eſſe continua debet, i. e. per legitimum tempus non uſurpata. Uſurpatur autem illa naturaliter, ſi quis de poſſeſſione dejiciatur, L. 5. *h. t.*: civiliter, ſi lis conteſtetur, L. 26. *C. de rei vind.* At enim poſt conteſtationem litis uſucapionem procedere, & inter judicii moras impleri, ſcriptum eſt in L. 2. §. *ult. pro emt.*, & §. 3. *Inſt. de offic. jud.* Ita vero, ſed victo non prodeſt, quaſi per conteſtationem litis interrupta; & nunquam impleta. V. Wiſenbach. in *tit. D. de uſurp. nu.* 13. (c) Numnam interrumpitur etiam morte? Ita expoſcere ratio juris videtur. At *jure ſingulari*, h. e. contra regulas juris, *receptum* in foro judiciiſque, ſcribit Papinianus in L. *juſto* 44. §. 3. *h. t.*, ut defuncti poſſeſſio heredi, bonorumve poſſeſſori continuetur, proſitque ad uſucapionem. Juri recepto cauſſam dedit vetus illa fictio juris, qua heres ita refert defunctum, ut hic nunquam deſiiſſe poſſidere videatur. Hinc illud conſequitur, juſtam defuncti poſſeſſionem prodeſſe heredi, quamvis hic rem eſſe alienam ſciat: injuſtam heredi quamvis ignoranti non prodeſſe, L. *heres* 43. *h. t.*, d. L. 2. §. 19. *pro emt.*, L. 11. *C. de adq. poſſeſ.* Ita jus fuiſſe de *diutina poſſeſſione*, ait Trib. §. 12. *h. t.*: continuo autem ſubdit, Juſtinianum in *d.* L. *un. ſimiliter & in uſucapionibus obſervari conſtituiſſe, ut tempora continuentur.* De horum verborum ſententia ſatagunt Interpretes. Ea eſt mihi in expedito. Uſucapio lata ſignificatione quum mobilium eſt, tum rerum ſoli, *pr. h. t.*, ac *tot. tit. ff. de uſuc.*: diutina poſſeſſio tantum immobilium: cujus rei firmiſſimo eſt argumento *praedii* vox in eam §. 12. partem inſerta, ubi agitur de diutina poſſeſſione. Reſtat igitur, ut uſucapio diutinae poſ-

(c) *Quid ſit* ſurculo defringendo uſurpare *apud Tullium De Orat.* III, 28., *explicatum a nobis eſt Obſ. jur.* V, 9.

poſſeſſioni oppoſita propria quadam ſignificatione mobilium ſit. Ita duo, praeſtitit Conſtitutione ſua Juſtinianus. Continuationem poſſeſſionis rerum ſoli, quae ante recepto jure obtinebat, primus jure certo ſcriptoque comprehendit: eandem continuationem in rebus mobilibus primus admiſit. Magnum interpretationi huic robur accedit ex verbis illis *d. L. un.*, *Quod & in rebus mobilibus obſervandum eſſe cenſemus*. Conferenti Tribonianeum illud *ſimiliter & in uſucapionibus* cum verbis illis *d. L. un.*, *& in rebus mobilibus*, patebit, rem ita, uti dixi, ſe habere, & Cujacium verba Triboniani ſuo loco moventem, alioſque ea aliter accipientes fruſtra eſſe. Quibus Pandectarum locis novum iſtud jus traditur, ad ea manum ſuam admovit Tribonianus: ſed hujus tamen oculos fugit locus ille Pauli in *L. nunquam* 36. §. 1. *h. t.*, *In uſucapionibus mobilium continuum tempus numeratur*. Cur ait Paulus, *mobilium*? Eccur *continuum* inquit? Loquitur is ſecundum jus ſui temporis, quo tantum ubi de re mobili uſucapienda agebatur; defuncti poſſeſſio non accedebat heredi. V. Merill. *Obſ. V*, 31. & 32., J. a Coſta in *h. t.*, ac P. Burgium *Elect. c.* 7. Nunc intelligis, quae ſit vis τοῦ *longi temporis poſſeſſionibus* in inſcriptione hujus Capitis. Hactenus de eo, qui ſuccedit in jus univerſum. Aliud jus eſſe oportuit de eo, qui ex titulo particulari in jus alterius ſuccedit; non enim per omnia refert deceſſorem. *Sed inter venditorem quoque & emtorem conjungi tempora*, primi Severus & Antoninus reſcripſerunt, *d.* §. 12.: niſi quod hoc caſu bona fides requiritur in utroque, *d. L.* 2. §. 17. *pro emt.* Eadem cauta ſunt de quovis alio ſucceſſore ex titulo particulari, *L. Pomponius* 13. §. 10. *de adq. poſſ.*, *L. id tempus* 14. §. 1. *h. t.*, & *L. de acceſſionibus* 14. §. 1. *de div. temp. praeſcript.* De reſcripto illo Severi & Antonini v. noſtr. *jur. Obſ. V*, 17. De tempore aliud antiquis, aliud placuit Juſtiniano. Olim *jure Civili* res mobilis anno ubique uno, immobilis biennio tantum in Italico ſolo uſucapiebatur. Legis XII. Tab. verba ex Tullio in *Top. c.* 4., & *pro Caecin. c.* 19. haec ſunt, *Uſus auctoritas* (d), i. e. uſucapio *fundi biennium*, *caeterarum rerum omnium annus eſto*: quae ideo adſcripſi, ut intelligas, de rerum ac temporum differentia verbis ipſis XII. Tab.: de differentia locorum a Prudentibus cautum: ac ſcite Tribonianum *pr. h. t.* utrumque jus communi *juris Civilis* nomine complecti. Non raro Legem XII. Tab. κατ' ἐξοχὴν *Civile jus* dici, notius eſt, quam ut teſtato agi ſit opus: eodem nomine appellatum jus ex interpretatione profectum, teſtis eſt Pomponius in L. 2. §. 5. *de O. J.* Et inſigniter quidem erravit Hotomanus *jus Civile* interpretatus Principum Conſtitutiones. Ævo Decemvirorum quod Romana potentia anguſtiſſimis intra Italiam finibus continebatur, diſtingui Italicum a Provinciali ſolo non poterat: tum propagatis finibus interpre-

(d) *Num uſus primus caſus ſit, an ſecundus, ambigitur. Porro eſt aliud in verbis XII. Tab., quod venit in quaeſtionem. V. Hot., & Graev. in Cic., ac Salmaſ. De uſur. c.* 8.

Digitized by Google

pretatione Prudentum inductum eſt, ut res mobilis, cujus multo levior jactura, anno ubique, h. e. quum in Italia, tum in Provinciis: fundus, ſeu res immobilis biennio tantum in Italico ſolo, non item in Provinciis uſucaperetur. Italicum autem ſolum non intra ſolam Italiam erat, ſed & in iis ipſarum Provinciarum locis, quae juris Italici eſſe dicebantur. Ulp. in L. 1. *de cenſ.* Ita jus fuit uſque ad Juſtinianum, qui & locorum differentiam ſuſtulit, & dominos maturius, quam erat aequum, ſuis rebus ſpoliari ratus annum ad triennium, triennium vero ad *longum* tempus, i. e. ad decennium inter praeſentes, vicennium inter abſentes produxit in *L. un. C. de uſuc. transform.* Id ſonat *longum tempus*, itemque *longa poſſeſſio* in Libris juris. V. Briſſon. *De U. S.* Praeſentes ſunt qui in eadem Provincia: abſentes, qui in diverſis Provinciis domicilium habent, *L. ult. C. de praeſcr. long. temp.*, in quam v. Cujac.

§. I. uſque ad X. junct. §. XIII. Haec vera ſunt, niſi res vitium habeat, cujus cauſſa Lex inhibeat uſucapionem. Vitioſae rei quamvis juſto titulo ac bona fide poſseſsae nulla uſucapio eſt, §. 10. *h. t.*, & *L. ubi* 24. *eod.* Jam vitium aut ex ipſa rei natura naſcitur, aut ex accidenti. Ex natura ipſa naſcitur vitium, ſi res ſui natura in commercio non ſit. Ergo uſucapione eximuntur, quae Divini juris ſunt, §. 1. *h. t.*, L. *qui univerſas* 30. §. 1. *de adq. poſſ.* Praeclare Cic. *De Aruſp. c.* 14., *Lege naturae, communi jure gentium ſancitum eſt, ut nihil mortales a* Diis *immortalibus uſucapere poſſint*. Eximitur homo liber, *d.* §. 1., & L. *uſucapionem* 9. *h. t.* Apud Romanos vix quidquam ſanctius libertate, cujus jura ne (e) *ſexaginta* quidem *annorum* ſpatio, i. e. nullo tempore, *mutilari*, ait Conſtantinus in L. *ult. C. de long. temp. praeſcr. quae pro lib.* Olim contractis uſu nuptiis uxor anno uſucapiebatur, niſi a viro uſurpandi cauſſa per trinoctium abnoctabat: quod non obſcure Gellius tradit *Noct. III*, 2.; ſed ea tamen ſalva libertate conveniebat in manum viri. Ex accidenti naſcitur vitium, ſi rem, quae in commercio eſt, uſucapi Lex vetet ob cauſſam, quae extrinſecus accedit, puta quod furtiva, quod vi poſſeſſa, quod fiſci ſit, §. 2., & 9. *h. t.* De re furtiva Lex XII. Tab. *Tab.* II., *Quod ſubreptum erit, ejus aeterna auctoritas eſto*, i. e. ejus vindicandi jus domino ſemper ſit. Idem tum cautum alia Lege, quam Pſellus in *Synopſi*, & antiqui Theophili Codices *Atiliam*, Tullius vero in *Verr. IV*, 42., Gellius *Noct. XVII*, 7., Liber Florentinus in L. 4. & L. 33. *h. t.*, ac veteres Inſtitutionum Codices MSS. *Atiniam* dicunt. Fortaſſe ea lata eſt a C. Atinio Labeone Tribuno Pl. an. U. IↃLVI. Verum quoniam Lex XII. Tab. rei furtivae jam inhibuerat uſucapionem, quid erat neceſſe Legem Atiniam perferri? Putat Heineccius, furtivae rei uſucapionem Lege XII. Tab. tantum furi: Atinia quibuslibet aliis poſſeſſo-

(e) Tò ſexaginta *ad factum Conſtantino propoſitum refertur, non eo, ut putes, longioris temporis decurſum officere libertati*.

Digitized by Google

ribus interdictam: Eo movetur, quod furtivae rei uſucapionem Atinia Lex inhibuerit ſub conditione, *niſi in poteſtatem ejus, cui ſubrepta eſt, revertatur*, d. L. 4. §. 6. Ego contra ſentio, *aeternam* rei ſubreptae *auctoritatem* in XII. Tab. ita fuiſſe a Prudentibus acceptam, ut ne is quidem caſus eximeretur, ſi res ad dominum rediſſet: ſaltem datam eo generali verbo occaſionem diſputandi, num eſſet is caſus eximendus, nec ne: tandem eum Lege Atinia exemtum. Num veriſimile eſt, ſi furem ſolum uſucapere prohibuiſſent Decemviri, fuiſſe omiſſuros momentoſum illud, *adverſum furem*? Iidem ubi de interdicta peregrino uſucapione agunt, ſic habent *Tab. III.*, *Adverſus hoſtem* (i. e. (f) peregrinum) *aeterna auctoritas eſto*. Porro illi de interdicta rei ſubreptae uſucapione ita loquuntur, ut non obſcure oſtendant, nihil eſſe momenti in perſona, totum in ipſa re eſſe; nam non eſpreſſa furis, alteriuſve perſona, de re ſola ſatagunt in hunc modum, *Quod ſubreptum erit.* Poſtremo nihil erat opus caveri de ipſo fure, cui maxime obſtat mala fides: oportebat autem, quo dominis conſuleretur, caveri de aliis poſſeſſoribus, quos juſtus titulus ac bona fides tueri ſatis poſſe videbantur, §. 3. *h. t.* Rerum furtivarum numero eſt ſervus fugitivus, id eſt, qui *extra domini domum fugae cauſſa, quo ſe a domino celaret, manſit*, *L. quod ſit* 17. *pr. de Ædilit. Edict.* Is alio ſe proripiens per fraudem & fur eſt, & res furtiva: nam ſuas ipſe operas domino interfuratur: unde ſui *ſui furtum facere* dicitur in *L. ancilla* 60. *de furt.*, & *L.* 1. *C. de ſervis fugit.* Et quamquam vix patiatur natura, ut idem ſit fur, & res furtiva, tamen utilitatis cauſſa receptum, inquit Cujacius *Obſ. XVII*, 10., ut fugitivus pro re furtiva habeatur, ſicque uſucapi non poſſit; ita enim ſervorum animi deterrentur a fuga, nec fuga eorum damnoſa dominis eſt, *d. L.* 1., ac *L.* 6. *C. eod.* De rebus vi poſſeſſis eadem mox cauta ſunt Lege Julia, & Plautia, quae Atinia caverat de furtivis, *d.* §. 2. Duae leges ſunt Julia & Plautia: atque haec antiquior illa: quo factum, ut Plautia Juliae praeponatur in L. *non ſolum* 33. §. 2. *h. t.* Si una eſſet, Julia Plautia diceretur, ut Plautia Papyria, Papia Poppaea, Junia Norbana. Plautiam tulit M. Plautius Tribunus Pl. an. U. IↃCLXIV. Cn. Pompejo Strabone, & L. Porcio Catone Coſſ.: quae Pighii conjectura eſt *Ann. T. III. p.* 222. Julia autem ea ipſa eſt, quam de vi tulit Auguſtus, ut bene Hotom. *De LL. pag.* 77.: quodque in eam Plautia conceſſit, Julia & Plautia dicta eſt, uti Julia & Papia? Mobilium furtum fit: immobilia vi poſſidentur; *abolita eſt enim*, inquit Trib. §. 7. *h. t.*, *quorundam veterum ſententia exiſtimantium,*

etiam

(f) *Ita* hoſtem *accipiunt Varro Lib. IV. De LL., Cicero De Offic. I, 12.*, & *Macrobius Saturnal. I., 16. At vero Van Tienen in Diſput. ad tit. Inſtit. De adquir. rer. domin.* hoſtem *interpretatur* adverſarium, *laudatoſque latinitatis auctores in eo verbo enarrando erraſſe contendit. Quid facias illi, qui vult cum ratione inſanire?*

etiam fundi, (g) *locive furtum fieri*: quorum numero fuiſſe Maſurium Sabinum, auctor eſt Gellius *Noct.* XI, 18. Illi nomen furti factum putabant a *fraude*, quae immobilibus aeque, ac mobilibus communis eſt, L. 1. *de furt.* Sed evaluit ſententia eorum, qui furtum ducebant a *ferendo*, ſeu auferendo: quod verbum uſurpari de rebus ſoli non poteſt. Sicubi apud Latinos *Regnorum*, ac *terrarum furta* deprehendes, ibi catachreſin adgnoſce. V. Gronov. *Obſ.* I, 4. Quod furtum mobilium ſit, quodque facilius eſt furtum facere, quam vim; conſequitur, multo difficilius mobilium uſucapionem procedere, quam rerum ſoli. Ut res incipiat eſſe furtiva, ſatis eſt vendi, aut ex alia cauſſa tradi ab eo, qui ſcit eſſe alienam, *d.* §. 3. Ut vi poſſeſſa dicitur, non eſt ſatis ab eo poſſideri, qui alienam eſſe non ignorat, ſed vim fuiſſe factam, neceſſe eſt: proinde ſi quis loci *loci vacantis* poſſeſſionem nactus ſit ſine vi, quamvis mala fide poſſideat, tamen ſi ex juſta cauſſa tradat alii bona fide accipienti, huic ille longa poſſeſſione adquiritur, §. 7. *h. t.* Vacat locus, quem poſſidet nemo: & eum vacare inquit Trib. *propter abſentiam, aut negligentiam domini*, Duo haec ſeparat etiam Gajus in *L. furtum* 37. §. 1. *h. t.*, ſed Gajus tamen abſentiam *longi temporis* requirit. Non omnis abſentia rem facit vacuam, poſſeſſio enim animo retinetur, ſed tantum diutina, quae negligentis animi eſt argumentum. Multo magis vacare intelligitur locus, ſi dominus ſine ſucceſſore decedat, *d.* §. 7., ac *d.* L. 37., aut ſi poſſeſſio non dum ſit ab herede naturaliter adprehenſa, L. *quum heredes* 23. *de adq. poſſ.* Sed *purgato vitio* rei furtivae, aut vi poſſeſſae uſucapio procedit. Vitium purgatur reditu rei *in poteſtatem*, i. e. poſſeſſionem, *domini*, §. 8. *h. t.*, & L. *ubi* 24. §. 1. *eod.* Igitur dejectus reſtitui debet, reſque ſubrepta reverti ad dominum, qui furto laeditur, non ad eum, cui ſubrepta eſt, L. *quod ſequitur* 4. §. 6. *eod.* Res fiſci ſunt, quarum facta *incorporatio* eſt. Incorporationis mentio fit in *Cod.* X, 10. Ea eſt rerum tranſcriptio in nomen fiſci ritu ſolenni, de quo in L. 3. *C. de bon. vac.* Fiſcalium rerum uſucapionem Lex inhibet, quod publice interſit, incuriam procuratoris fiſco damnoſam non eſſe. De bonis vacantibus non dum nunciatis fiſco olim quaeſitum. Vacantia bona ſunt, quorum neque heres, neque poſſeſſor extat, L. 1. §. 2. *de jur. fiſc. Geograph. Lib. XVII.* dicuntur *ἀδέσποτα*. Ea, quoniam jure ipſo, i. e. Lege Julia Caducaria ad fiſcum pertinent, L. *quidam* 96. §. 1. *de leg.* 1., quibusdam viſum, etiamſi non dum eſſent nuntiata fiſco, uſucapi non poſſe. Contra Papinianus eorum, antequam denunciarentur, eſſe uſucapionem, ajebat: quam ſententiam primum Antoninus Pius, tum Severus & Antoninus reſcriptis ſuis probarunt, §. 9. *h. t.* Ad iſta Imperatorum reſcripta ſpectat illud Modeſtini in *L. quamvis* 18. *h. t.*, *Idque conſtitutum eſt*. Qui

(g) Fundus *latius patet*, *quam* locus. *Fundi portio locus dicitur*, L. 6. & L. 211. *de U. S.*: *unde* locus certus ex fundo *in* L. 25. §. *ult. de adq. poſſ.*

ad fiſcum nunciabant, *nunciatores*, ac *delatores* dicti, *tit. C. de delat.* Nunciabant ſpe praemii, quod ex L. Papia dimidium fuit, ſub Nerone quarta pars: unde nomen *quadruplatorum*. Alex. ab Alex. *Dier. gen. IV*, 22. Genus id hominum Leges ipſae exſecrantur. V. *L.* 2. & 10. *C. Th. de petition.*, & *L.* 4. *C. de delat.* Delatorum numero erant *Curioſi*, de quibus in *Cod. Juſtin. XII*, 23. Denique praeter res a Triboniano propoſitas *h. t.* vitium habent ex accidenti res Eccleſiarum, *L.* 23. *C. de SS. Eccl.*, pupillorum, minorumve, *L.* 2. *C. de uſuc. pro emt.*, *L.* 3. *C. quib. non objic. l. t. praeſcr.*, & *L.* 5. *C. in quib. cauſ. in int. reſt.*, filiorumfam., *L.* 1. §. 2. *C. de annal. except.*, Praeſidi datae contra L. Juliam, *L. quod contra* 8. *ad L. Jul. rep.*, aliaeque, de quibus in C. ac D. Hoc intereſt inter res natura ſui, ac res ex accidenti vitioſas, quod harum non ſit quidem uſucapio, praeſcriptio tamen ſit: illarum neque uſucapio, neque praeſcriptio ſit. Quid autem differt inter uſucapionem, & praeſcriptionem? Rem hanc explicare eſt ſane operoſum. Ea meo judicio huc redit. Leges XII. Tab., juſque Civile eas Leges ſequutum tales conſtituerant fines uſucapioni, ut huic ſaepe locus non eſſet. Proceſſu temporis publice utile eſt viſum in iis etiam caſibus, quibus uſucapio non procedebat, ſimili remedio aliquem litibus modum poni: ſicque ab Imperatoribus, ac fortaſſe primum ab (*h*) Hadriano introducta in ſubſidium praeſcriptio eſt. Ita ante Juſtiniani Conſtitutionem in *L. un. C. de uſuc. transf.* praedia provincialia utpote publica non uſucapiebantur, praeſcribebatur tamen iis: poſt Juſtinianum uſucapi poſſunt. Ita vectigalia, i. e. emphyteuticaria, itemque ſuperficiaria praedia non uſucapiuntur, *L. quum ſponſus* 12. §. 2. & 3. *de publ. in rem act.*, quia jus emphyteuſeos, ac ſuperficii eſt incorporale: cujus proinde vera poſſeſſio non eſt: quod in cauſſa fuit, cur uſucapionem ſervitutum contra Leges XII. Tab. a Prudentibus introductam (*i*) Scribonia Lex abrogarit. *L. ſequitur* 4. §. *ult. de uſurp.* Sed utrumque illud jus recte praeſcribitur pariter ut ſervitutes, *d. L.* 12., ac *L. ſi quis diuturno* 10. *ſi ſerv. vind.* Sunt & alia exempla apud Janum a Coſta in *h. t.*, & Galvanum *De uſufr. c. XI.* Hinc enata juris regula, ubi *uſucapio locum habet, ad quaeſtionem longi temporis praeſcriptionis ſuperfluo perveniri*, *L.* 2. *in quib. cauſ. ceſ. long. temp. praeſcr.* Praeſcriptionis nomen ex eo factum, quod rerum, quae non uſucapiuntur, poſſeſſio peremptoriam exceptionem adquirat poſſeſſori: exceptiones autem in Libris juris *praeſcriptiones* dici, nemo unus ignorat. Parit ea ex-

(h) *Praeſcriptionis primi meminere Julianus, Gajus, Javolenus Hadriano coaevi, L. ſi duo* 13. §. 1. *de jurejur.*, *L. qui alienam* 54. *de evict.*, *L. & a quo* 21. *de uſurp. Sed ordinariae praeſcriptioni per Hadrianum inſtitutae in certis quibuſdam cauſſis praeluſerat Praetor, L. ſi quis* 10. *ſi ſerv. vind.*, *L.* 1. §. *ult. de aq. quot.*

(i) *De L. Scribonia v. Raevard. Lib. ſing.*, *Galvanum De uſufr. c. XII.*, *& Everard. Otton. Diſſ. VIII.*

Digitized by Google

exceptio *poſſeſſionis ſecuritatem*, uti loquitur *L.* 7. *C. de praeſcr. long. temp.* : quo etiam diſtat praeſcriptio ab uſucapione ; haec enim facit dominum, illa poſſeſſorem perpetuo tuetur. Tandem eo ventum, ut cui jam adquiſita praeſcriptio eſt, utilem quoque in rem actionem habeat amiſſa poſſeſſione, *d. L. ſi quis diuturno*, & L. 8. *pr. C. de preſcr.* 30. *an.* Haec quantum conjicio, vera ratio eſt, quare quum *actioni*, tum *rei praeſcribi* dicant Juriſconſulti. Pro exceptione illa, quae poſſeſſorem tuetur, praeſcribi dicitur actioni, pro utili illa vindicatione ; quae poſſeſſori tanquam domino datur, ipſi etiam rei. Sed & aliae inter praeſcriptionem, atque uſucapionem differentiae ſunt. Uſucapionis tempora ſunt tres, decem, aut viginti anni, ut dictum : praeſcriptionis mire varia ſunt : quae perſequitur omnia Cujacius peculiari Libro *De diverſis temporum praeſcriptionibus, & terminis*. Dicam de nonnullis *Lib. IV. tit.* 12. Proponam hic exemplum unum, aut alterum ex §. 13. *h. t.* Qui a fiſco alienam rem emerat, poſt quinquennium a venditione dominum oppoſita quinquennii *exceptione*, ſeu praeſcriptione repellebat ex Edicto Imp. Marci, L. *ult. C. ſi adv. fiſc.* Ea exceptio emtori proderat, quamvis a fiſco emiſſet mala fide, alioqui potior fuiſſet cauſſa ejus, qui a privato homine emiſſet ; hic enim, ut tum jus erat, rem emtam bona fide ad ſummum biennio uſucapiebat. At ex Conſtitutione Zenonis in *L.* 2. *C. de quadrien. praeſcr.* qui rem alienam ex quavis juſta cauſſa accipiunt a fiſco, ſecuri ſtatim ſunt, ſive conveniantur, ſive agant : fiſcum autem adverſus dominum, creditoremve hypothecarium praeſcriptio quadriennii tuetur. Tanti intereſt, quae publica auctoritate ſunt facta, non reſcindi. Zenonianam Conſtitutionem confirmavit Juſtinianus in *L. ult. C. eod.*, produxitque ad alienationes ab Auguſto, Auguſtave factas de re dominica, ſeu de privata eorum ſubſtantia : quo caſu intra quadriennium jus erat dominis, creditoribusve pigneratitiis convenire non Principem, cum quo nulla eſt actio, ſed curatores dominicae domus, ad quos ea Lex *ult.* ſcripta eſt. Fiſcum vocat Trib. *ſacratiſſimum aerarium* : quo nomine eum carpit Colerus *Parerg. c.* 28. De aerario, ac fiſco v. dicta *Lib.* 1. *p.* 167. & 168. Jam porro nulla ſine juſto titulo, ac bona fide uſucapio eſt. Contra cautum jure Civili de praeſcriptionibus nonnullis, tradetur *Lib. IV. d. tit.* 12. Poſtremo num etiam mobilibus praeſcribatur : quaeſtionis eſt. V. Cujac. in *d. tit. C. de praeſcr. long. tem.*, Galvan. *de uſufr. c. XI.* a *n.* 15., & Bynkershoek *De reb. manc. c. X.*

TITULUS VII.

De donationibus

PR. Tit. §. I. II. & III. Secundus civilis adquirendi dominii modus donatio eſt. Ad jus Civile donationem referri, Triboneae me-

methodi ratio poſcit. Quoniam vero Tribonianus *h. tit.* mortis cauſſa donationem donationi inter vivos praevertit ſecus atque fieri oportebat, factumque eſt in D. & C., id nos tacitus monet, propoſitum habuiſſe de ea ſola donatione agere, quae mortis cauſſa fit, eamque ſolam eſſe civilem adquirendi dominii modum, neque in alium finem donationis inter vivos mentionem ſuppoſuiſſe, quam ut hujus oppoſitione, qualis illa eſſet, melius intelligeretur. Caeterum donatio inter vivos certe juriſguentium eſt: uti ex diverſo mortis cauſſa donatio eſt juris Civilis, cujus & teſtamentum eſt: qua de re in *tit. X. h. Lib.* Mortis cauſſa donatio dicitur, qui aut mortis periculo ſive praeſenti, ſive futuro commotus, aut extra periculi metum ſola mortalitatis cogitatione donat vel ea mente, ut ſi quid ſibi (*a*) humanitus contigerit, res fiat accipientis: vel ea, ut ſtatim quidem accipientis fiat, ſi quid tamen factum fuerit aut non fuerit, ad ſe revertatur, *§. 1. h. t.*, *L. 1. de donat.*, *L. 2. de mort. cauſ. don.* Donationes id genus irritae fiunt, ſi aut periculum evaneſcat, aut donatori donatarius praemoriatur, aut donatorem poeniteat donationis, *d. §. 1.*, *L. mortis 16.*, *L. ſi mortis 29. & L. 30. eod.* Illud mirum Hotomano eſt viſum, quod multis Pandectarum locis exſerte ſcriptum eſt, qui ſola mortis cogitatione donat, eum mortis cauſſa donare, quum quia is etiam, qui donat inter vivos, niſi ſe moriturum cogitaret, uſum rei dumtaxat concederet, tum quoniam ea donatio evaneſcere nunquam poſſet, manente ſemper cauſſa mortalitatis. Ita ille nullam eſſe mortis cauſſa donationem ait niſi quam periculi metus extorquet. Sed quis eſt, qui non facile intelligat, ſi homines vitam vivere immortalem poſſent, liberales eo uſque futuros, ut dominia etiam rerum ſuarum transferrent, ad eos nullo caſu reditura? Quem fugit, donationem ſola mortalitatis cogitatione factam, licet ea cogitatio ſemper maneat, evaneſcere tamen, ſi aut donatorem facti poeniteat, aut donatarius praemoriatur? Quod ſi facta periculi metu donatio, manente adhuc eo metu, poenitentia donantis, aut donatarii morte evaneſcit, quid eſt, cur miremur, quod ſola cogitatione mortalitatis facta evaneſcat, manente adhuc ea cogitatione? Nihil igitur impedimento eſt, ne mortis cauſſa donetur *a ſano*, *& in bona valetudine poſito*, uti Paulus loquitur *d. §. 4.*: & merito riſit Cujacius *Conſult. 23.* quosdam aetatis ſuae Advocatos, qui donationem cauſſa mortis nullam eſſe ajebant, niſi quam aeger feciſſet. Mortis cauſſa donationes diremta veterum controverſia ad exemplum legatorum *per omnia fere* redegit Juſtinianus in *L. ult. C. de mort. cauſ. don.* Τὸ *fere*, quod eſt in *d. §. 1.* aperte monſtrat, Juſtinianum differentias aliquot reliquas feciſſe. Rem hanc totam quam potui diligentiſſime perſequutus ſum in Com-

(a) *Ita Romani ominoſum mortis vocabulum vitabant. V. Alberic. Gentil. in L. 162. §. 1. de V. S. Sic.* abire *apud Plaut. in Prol. Caſin. v. 19.*, *ac Phaedr. IV. 19. v. 16. eſt* mori *&* abitio *apud Feſtum* mors *eſt. V. Pitiſc. in Suet. Claud. c. 46.*

Digitized by Google

Commentario *De donationibus*. In eo maxime pares ſunt qui mortis mortis cauſſa donat, quique legat; quod uterque magis ſe quam alium habere vult, quod donat; legatve: & ideo alium, quia ſibi habere non poteſt, *d.* §. 1., ac *L.* 1. *h. t.*: quod non eſt animi vere liberalis argumentum. Liberalitatem vere exercet, qui donat inter vivos, nam magis alium vult habere, quam ſe: proinde donationes inter vivos *omnino non comparari legatis*, inquit Trib. §. 2. *h. t.* In mendo ſunt vulgati Libri, qui habent *non omnino*. Prorſus legendum *omnino non*, ut in Paraphraſi Theophili, & Codicibus Hotomani, Contii, & Charondae. Et vero inter vivos donationes ac legata re tota differunt inter ſe. Duobus potiſſimum diſtant a mortis cauſſa donationibus & legatis donationes inter vivos. Unum eſt, donationes inter vivos, ſi fuerint perfectae (perficiuntur autem donatoris voluntate ſcripto, aut ſine ſcripto manifeſtata) *temere* revocari *non* poſſe. Hinc vox illa puerorum Athenienſium apud Platonem in *Phileb.*, *recte datorum nullam eſſe repetitionem*. In *d.* §. 2. *non temere* eſt non facile, ὐδὶ πάντως, uti loquuntur Baſilica in *L.* 17. *de pet. her.*, non ſine juſta cauſſa. Juſtae cauſſae ex ingrati animi vitio petuntur, ſuntque hae, *ſi donationis acceptor injurias atroces in donatorem effundat, vel manus impias inferat, vel jacturae molem ex inſidiis ſuis ingerat, quae non levem ſenſum ſubſtantiae donatoris imponat, vel vitae periculum aliquod ei intulerit, vel quasdam conventiones ſive in ſcriptis donationi impoſitas, ſive ſine ſcriptis habitas, quas donationis acceptor ſpopondit, minime implere voluerit*, uti Juſtinianus loquitur in *L. ult. C. de rev. don.* (b) Alterum eſt, traditionis neceſſitatem incumbere ei, qui ſe donare inter vivos promiſit, non ſolum ſi promiſit rogatus: quod vetus jus erat: ſed & ſi donare eſt pactus: quod a Juſtiniano conſtitutum eſt in *L.* 35. §. 5. *C. de donat.* Quae hoc loco ſatis habui attigiſſe, multo uberius pertractantur in meo *De donationibus* Commentario: ubi & illud ab ultima antiquitate repetitur, quod ait §. 2. *h. t.* Trib., donationes inter vivos, quae certam ſummam excedunt, *inſinuari*, h. e. apud Magiſtratum publicari, & in publicas tabulas referri oportere, exceptis quibusdam. Jure noviſſimo Juſtiniani ſummam eſſe D. ſolidis majorem, neceſſe eſt, *d.* §. 2., & *L.* 36. §. *ult. C. eod.* Ad donationem inter vivos adnectitur in §. 3. genus illud donationis *a junioribus Divis Principibus*, i. e. ab Imperatoribus Conſtantino recentioribus (c) neſcio quibus i ... ductum, quod olim *ante nuptias* vocabatur: poſt Juſtinianum voca... *opter nuptias* coepit, *L.* ult. *C. de donat. propt. nupt.* Ante tempora Imp. Juſtini nec

(b) *De actione adverſus ingratum v. noſtr. jur. Obſ. V*, 7.

(c) *Quod Ev. Ottonem ſequutus aliquando ſcripſi, juniores iſtos Principes fuiſſe Theodoſium Juniorem ac Valentinianum III., ejus nunc me poenitet. Ipſae Theodoſii ac Valentiniani Conſtitutiones in* L. 17. *de don. ant. nupt, &* L. 8. §. 4. *C. de repud. argumento ſunt, donationem iſtam fuiſſe jam ante introductam.*

nec fieri, neque augeri poſt nuptias donatio poterat: tum eam exemplo dotis etiam poſt nuptias augeri permiſit Juſtinus, quem Juſtiniani *patrem* vocat Trib. Fuit is Juſtiniani avunculus, ac pater adoptivus. Juſtini Conſtitutio eſt in L. 19. C. eod. Tandem eam exemplo itidem dotis etiam poſt nuptias primum conſtitui, permiſſum a Juſtiniano: inditumque ei nomen donationis propter nuptias, *d. L. ult.* Proprie dici debuiſſet donatio *propter dotem*, ſeu *contra dotem*, *ἀντίφερνα*, qua voce propter nuptias donatum explicant Graeci, *d. L. ult.*; fit enim ea donatio a ſolo ſponſo in compenſationem, ſecuritatemque dotis: & magis pignus pro dote, quam donatio eſt: quin prorſus eſt aliud a donatione; nam dominium ſemper eſt penes virum. In meo Comm. haec fuſe exponuntur.

§. IV. Tertius civilis adquirendi dominii modus erat olim jus quoddam adcreſcendi ex cauſſa manumiſſionis; ſi quis enim ſervum communem *ſolus*, i. e. ſine conſenſu ſocii manumittebat vindicta vel teſtamento, pars ejus amittebatur, & ſocio adcreſcebat, §. 4. *h.t.* Vindictae, aut teſtamenti mentio fit, namque ut pars certe adcreſceret, erat ſervus eo modo manumittendus, quo, ſi eum dominus proprium haberet, civem Romanum factu.us erat. Ulp. *Fragm. I*, 18. Igitur apud Tribonianum vindicta & teſtamentum exempla ſunt, quod ſervus etiam cenſu fieret olim civis Romanus. Quod ſi quis vero ſervum communem ſolus manumittebat inter amicos, aliove minus legitimo modo, plerisque placebat, nihil agi. Ulp. ibid. Quorſum vero iſthoc ſub Tit. *De donationibus?* Fortaſſe quia factum domini, qui ſolus manumittebat, perinde Lex accipiebat, quaſi pars illius ſocio donata intelligeretur. Malo ſic facere conjecturam de hac re, quam ex fide unius Codicis; cujus teſtis unus Apelius, appingere poſt §. III. novum Titulum *De manumiſſionibus*. At vero Juſtinianus ſublato veteri illo jure adcreſcendi ſervum eſſe liberum voluit, ac dominum, qui manumiſit, pretii partem inferre ſocio, ſicque hunc rem ſuam vendere invitum cogi contra regulas juris: tanta eſt gratia libertatis: porro ne de pretio ſervi quaeſtio fieret (erant enim incerta ſervorum pretia, *L. ſi mulier* 31. *de min.*, *L. inter* 26. §. *ult. mandat.*, & *L. furtivum* 74. *de furt.*) ſervos nullius artis peritos, ſi annum decimum nondum exceſſerant, aeſtimavit ſolidis X., ſi exceſſerant, XX.: artifices XXX., praeter medicos, & notarios, quorum hos valere juſſit ſolidis L., illos quum mares, tum (*d*) feminas LX. (i nunc, & ſervos feciſſe medicinam nega) demum eunuchos decem annis minores taxavit ſolidis XXX., majores eoſque non artifices L., artifices autem LXX., *L.* 1. *C. de comm. ſerv. man.* Fuiſſe olim de ea re diſputatum in utramque ſententiam inter Sabinianos, & Proculianos; ac tandem Juſtinianum a Proculianis ſtetiſſe, opinio eſt Merillii in *d. L.* 1. Verum Ulpianus l. c., Paulus *Sent. IV*, 12. & Tribonianus *h.* §. vetus illud jus adcreſcendi tanquam jure

(d) *Medicinam facere dicebantur* obſtetrices, *L.* 3. *C. comm. de leg.*

Digitized by Google

jure certo comprehenſum proponunt. V. Schulting. in Ulp. l. c., & Maſcov. *De Sect. Sab. & Proc. IX, 6.* Meminit quidem Juſtinianus *ambiguitatis multae apud veteres juris auctores exortae*, fortaſſe tamen non de eo ambigebatur, num pars adcreſceret, ſed num ſemper, & quando: quod ex verbis illis *d. L. 1., In communes ſervos, eorumque libertates, & QUANDO cuidam domino pars libertatem imponentis adcreſcit*, nec ne, videor mihi haud infoeliciter conjeciſſe.

TITULUS VIII.

Quibus alienare licet, vel non.

PR. Tit. & §. II. Alienare proprie eſt dominium transferre: quo ſenſu accipitur *h. t.* Alicubi latior eſt ſignificatio ejus verbi. V. *L. ult. C. de reb. alien. non alienand.* Regulariter transferre dominium poteſt qui aut dominus eſt, aut eam poteſtatem a domino accepit. Sed quandoque id facere dominus prohibetur: ut ecce, maritus fundum dotalem, cujus eſt (*a*) dominus, alienare invita uxore vetatur Lege Julia, quam fuiſſe Juliam de adulteriis ſub Auguſto perlatam, teſtis eſt Paulus *Sent. II, 21. 2.*: ac ne quis ex auctoritate A. Auguſtini *De nom. II. c. 4.* locum illum de mendo ſuſpectum habeat, faciunt Ulpiani, Papiniani, & Pauli fragmenta de fundo dotali, ex libris eorum *De adulteriis* deſcripta. V. *LL. 2. 6. 12. 13., & 14. D. de fund. dot.* Legem ſuaſit favor dotium, quas mulieribus ſalvas eſſe, intereſt Reip., *L. 2. de jur. dot.*: & quamquam ſoluto matrimonio vir, heredeſque ejus dotem reſtituere teneantur, plus eſt tamen cautionis in re ipſa, quam in perſona, *L. plus 25. de R. J.* Ea Lex de *praedio*, i. e. de (*b*) *ſoli tantummodo rebus*, iiſque *Italicis* loquebatur, *pr. h. t.* Ergo & mobilia, quorum jactura minus damnoſa eſt, & (*c*) Provincialia praedia alienare vir poterat invita etiam uxore, *L. 3. C. de jur. dot., & L. un. §. 15. C. de rei ux. act.* Porro quae uxo-

(a) *Num dotis dominium ſit penes virum, an penes uxorem, res eſt multum, ac ſaepe quaeſita. Non pauca Juris loca in utramque ſententiam laudantur: dirimendaeque controverſiae perdifficilis ratio eſt. V. Cont. Diſp. I, 12.*, Donell. *Comm. XIV, 4., Robert. Sent. III, 18., Vultej. Diſcept. Schol. I, 19., atque Interpretes hujus loci. Videntur mihi plus ſapere, qui inter jus vetus, & novum diſtinguunt. Jure novo dos eſt uxoris, nam licet viro tradatur, non tamen traditur animo alienandi. Jure antiquo quiritarium dominium erat uxoris, bonitarium viri. Docet id Tryphoninus in L. 75. de jur. dot. in haec verba*, Quamvis in bonis mariti dos ſit, mulieris tamen eſt. *Tribonianus per incuriam antiqui juris veſtigia in D. & C. reliquit.*

(b) *Pr. h. t. legendum* ſoli, *non, ut vulgo*, ſolis. *Vulgatae lectioni obſtat quum Theophili Paraphraſis, tum etiam vox* tantummodo, *quae otiaretur.*

(c) *Quid cauſſae fuerit, cur Italici tantum praedii, non item Provincialis alienationem Lex Julia interdixerit, diu multumque quaeſitum: & adhuc ſub judice lis eſt. V. noſtr. jur. Obſ. V, 21.*

Digitized by Google

uxore diſſentiente maritum alienare Julia Lex prohibebat, eadem ne conſentiente quidem uxore marito permittebat obligare, *d. pr. h. t.* Quid ita? Quia id eſt ingenium mulierum, ut res ſuas facile patiantur obligari: alienari vero nunquam, aut perraro. Eadem Senatusconſulti Vellejani ratio eſt, L. *ſed ſi* 4. §. 1. *ad S. C. Vell.*: fuitque huic ſimilis Caniniae Legis ratio, de qua *Lib.* 1. *Inſt. Tit. VII.* Tandem Juſtinianus L. Juliam ad Provinciales fundos produxit, alienationemque inhibuit in eum modum, quo L. Julia inhibuerat hypothecas, i. e. conſentiente etiam uxore, *d. pr. h. t.*, ac *d.* L. *un.* §. 15. Mox idem ſuſtulit vetus rerum Italicarum, & Provincialium diſcrimen, *L. un. C. de uſuc. transf.* Item pupillus alienare nihil poteſt ſine auctoritate tutoris. Si quos igitur numos non auctore tutore mutuos det, eos non facit accipientis: ideoque extantes vindicabit, conſumtos bona fide condicet: de conſumtis mala fide aget ad exhibendum, §. 2. *h. tit.*: quo uno argumento vere decretorio ſatis refellitur opinio Salmaſii mutuum eſſe alienationem negantis. De actionibus iſtis agetur *Lib. IV. Inſt. Tit. VI.* Pupillum Tribonianus *καταχρηστικῶς minorem* vocat. Sed & de iis, qui vere minores ſunt, ſi ſub curatoribus agant, idem, quod de pupillis, jus eſt, *L.* 3. *C. de in int. reſt.*, & L. 22. *C. de adm. tut.* Et quoniam ſolvere eſt alienare, pupillus, *ſolvendo ſine tutoris auctoritate, nihil agit*, L. 9. *de auct. tut.*, i. e. pecuniam non facit creditoris, *d.* §. 2.: ſed ea tamen per creditorem conſumta liberatur, *d.* L. 9. At ex contrario etiam non auctore tutore recte *datur* pupillo, h. e. dominium rei in pupillum transfertur; id enim proprie eſt *dare* in Libris juris: *ideoque ſi debitor pupillo* (creditori) *ſolvat, neceſſaria eſt debitori tutoris auctoritas: alioqui non liberabitur*, *d.* §. 2. Τὸ *ideoque*, quae particula eſt inferentis, non bene adnectitur ad id, quod praeit; namque ex enunciatione illa, *Pupillo recte datur ſine auctoritate tutoris* conſequitur haec, *Ergo ei recte ſolvitur non auctore tutore*. Sed contra placuit, debitorem non alias liberari, quam ſi aut pupillo ex auctoritate tutoris, aut ipſi tutori ſolvat, *d.* §. 2., & L. *Lucius* 46. §. 5. *de adm. tut.* Scribendum igitur a Triboniano erat *quamvis* in modum excipientis. Dixi *pupillo creditori*, nam ſi ſolutionis tantum gratia adjectus ſit ſtipulationi, quoniam hinc nullum jus ei quaeritur, facta ſine tutoris auctoritate ſolutio liberat promiſſorem, *L. ſi ſtipulatus* 61. *de ſolut.* Sed & illud nova Juſtiniani Lege *ad Caeſarienſes Advocatos* ſcripta conſtitutum eſt, *ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem ſolvere* (eadem catachreſi *pupillaris* dicitur, qui debitor eſt adulti ſub curatore agentis) *ut prius judiciali ſententia ſine omni damno celebrata hoc permittat*. Extat ea Conſtitutio in L. *ſancimus* 25. *C. de adm. tut.* Quod vero haec non *ad Caeſarienſes Advocatos*, ſed ad *Johannem Praefectum Praetorio Orientis* eſt ſcripta, id nihil obturbat. Imperatores de re aliqua interrogati ab Advocatis, ſcribere ſolebant ad Magiſtratus, ſub quibus illi militabant. exempla ſunt in L. *ult. C. de pact.*, in L. 12. *C. de legit. her.*, in *L.* 27. *C. de fidejuſſ.*, & in L. 14. *C. de contr. ſtip.* junct. §. 11. *de inut. ſtip. Lib. III.* Conſultum de ea re Juſtinianum ab Advocatione Caeſareae Paleſtinae, non Cappadociae, patet ex *d.* L. 27. Senſus Juſtinianeae Conſti-

ſtitutionis eſt , licere , debitorem , quo pleniſſime ſecurus ſit , tutori , curatorive ſolvere interpoſito in eam rem Judicis decreto . Ita Tò *tutori , vel curatori* adnectendum eſt ad Tò *ſolvere* . Hotomanus *Obſ.* X , 7. , & Faber *Conject.* XIII , 13. Tò *tutori* ad Tò *licere* adnectentes , *ſolvere* interpretantur *abſolvere* , & *liberare*. Hoc ſenſu debitorem a creditore *ſolvi* , ajunt Labeo in *L. ſi debitor* 91. *de ſolut.* , & Papinianus in *L. decem* 116. *de V. O.* Sed ne verbum illud aliter accipiamus , quam vulgo ſonat , Theophili Paraphraſis , & verba ipſa Juſtinianeae Conſtitutionis vetant. Tò *ſine omni damno* eo pertinet , ut nihil impendere pupillus debeat Judicum , ſcribarum , viatorumve cauſſa. In rem Scaliger damnum derivat a δαπάνη, quod Latine eſt *impendium*. V. Menag. *Amoenit. c.* 39. Male conſulit ſibi qui non ſecundum ea, quae dicta ſunt, pupillo ſolvit; quamquam enim ſi ſoluta pecunia ſalva ſit , aut verſa in rem pupilli , exceptione doli mali , ſi pupillus eandem pecuniam petat , juvetur ; tamen ea male conſumta , aliove quovis modo deperdita , rurſus inferre pupillo , quod male conſumtum , deperditumve eſt , compelletur : ſibique imputabit , quod temere ſolvit , *d.* §. 2. Quid ſi is pupillo ſolvit ex auctoritate tutoris , ſed ſine decreto? Tribonianus de ſolutione , quae fit cum decreto , haec habet , *Sequatur hujuſmodi ſolutionem* PLENISSIMA *ſecuritas*. Tò *pleniſſima* indicio eſt , minus quidem tuto , ſed non male ſolvi ab eo , qui ſine decreto ſolvit , aut pupillo ex auctoritate tutoris , aut ipſi tutori : ac proinde contingere liberationem : hoc plus adverſus ſolutionem ſine decreto factam reſtitui pupillum poſſe, *L.* 1. *C. ſi adv. ſolut.*: non item adverſus eam , quae fit cum decreto. Ita rectiſſime Accurſius in *L.* 7. §. 2. *de min.* , contra quem fruſtra diſputat Faber *Conject.XVII*, 13.

§. I. Ex diverſo fit interdum, ut recte alienet qui nec dominus eſt, nec poteſtatem alienandi a domino accepit: ut ecce creditor ceſſante debitore recte diſtrahit pignus. Ante Juſtinianum id creditori licebat , etiamſi de diſtrahendo pignore non conveniſſet , ſi modo non conveniſſet , ne liceret : quin etiam tum , quum de non diſtrahendo pignore convenerat , licebat id creditori , ſi ter fuerat denunciatum debitori , ut ſolveret , & hic nihilominus ceſſabat , *L. ſi convenerit* 4. *de pign. act.* Jure novo Imp. Juſtiniani ſi nihil de diſtrahendo pignore convenit , creditor debitorem monere debet , ut ſolvat : atque hoc per biennium ceſſante , diſtrahere pignus poteſt . Quod ſi vendendi pignoris occaſio non detur , rurſus debet monere debitorem : quo rurſus ceſſante , creditor ſibi jus dominii a Principe impetrabit , data debitori intra biennium , facultate offerendi, quod debebat , quodque creditoris intereſt a die morae , ſicque rem ipſam recipiendi : ſed eo tempore elapſo , creditor juſtus rei dominus efficitur , §. 1. *h. t.* , & *L. ult. C. de jur. dom. impetr.* Sed Juſtiniani Conſtitutio noſtris temporibus vix obtinet.

Digitized by Google

TITULUS IX.

Per quas perſonas cuique adquiritur.

PR. Tit. §. I. & II. Adquiritur nobis non ſolum per noſmetipſos, ſed etiam per alios tanquam per inſtrumenta (*a*). Eſſe autem iſtiuſmodi inſtrumenta poſſunt liberi, ſervive in poteſtate noſtra conſtituti, ſervi alieni, quorum uſumfructum habemus, liberi homines, alienive ſervi bona fide poſſeſſi, & ex certis cauſſis extraneae etiam perſonae, *pr. h. t.* Filiiſfam. utriuſque ſexus *olim ſine ulla diſtinctione* parentibus ſuis adquirebant, §. 1. *h. t.* Tὸ *olim* ſpectat ad tempora Auguſti; excipit enim Trib. *peculium caſtrenſe*, hoc eſt, bona occaſione militiae, ſeu, ut loquitur Gloſſar., *ferro & armis quaeſita*, quae primus omnium Auguſtus paterno patrimonio exemit: qua de re *h. eod. Lib. Tit. XII.* Igitur τὸ *ſine diſtinctione* referri ad res alias debet praeter caſtrenſes. Sed ante tempora Auguſti nullo prorſus bonorum diſcrimine per filiosfam. adquiſita ad patresfam. tranſibant ex Lege Romilia, de qua Halic. *Antiq. VIII*, *p.* 96. & 97. Poſt Auguſtum alia quoque bona Conſtitutionibus Imperatorum exemta ſunt. Et primum, quo adoleſcentes aliqua lucri ſpe ducti ingenuis diſciplinis ſedulo vacarent, exemtum eſt peculium *quaſi caſtrenſe*, i. e. bona parta ex liberalium artium profeſſione, quam etiam veteres *militiam* dixere. Cic. *pro Muraen. c.* 9., Val. Max. *VIII*, 5., Leo & Anthemius in L. 14. *C. de advoc. diverſ. judicior.* Tum exemta per Conſtantinum fuere bona materna, *L.* 1. *C. de bon. mat.*: per Gratianum, Valentinianum, ac Theodoſium bona materni generis, *L.* 6. *C. Th. eod.*: per Theodoſium & Valentinianum nuptialia lucra, *L.* 1. *C. de bon. quae lib.*: ac per Leonem & Anthemium etiam ſponſalitia; L. 5. *C. eod.* Poſtremo Juſtinianus univerſum *peculium adventitium*, i. e. quicquid filiosfam. aliunde obvenit, quam ex re patris, proprium eſſe voluit ipſius filii, ſed patri tamen *debitum* (*b*) *honorem*, h. e. uſumfructum reſervavit: ſicque ſolum *peculium profectitium*, i. e., quod ex patris ſubſtantia profectum eſt, in dominio eſt patris, §. 1. *h. t.*, & L. 6. *C. eod.* Porro quoniam patri filium emancipanti permiſerat Conſtantinus in L. 1. & 2. *C. Th. de bon. mat.*, ut eorum bonorum, *quae adquiſitionem effugiebant*, i. e. quae ſecundum Principales Conſtitutiones patri non adquirebantur, partem tertiam retineret ſibi *quaſi pro pretio emancipationis*, h. e. pro remuneratione *honoris*, qui filio *per emancipationem addebatur*, idem Juſtinianus, tam gravem filii jacturam commiſeratus, in locum tertiae illius par-

tis

(a) *De hac re v. Grotium De J. B. & P. I*, 5. 3.

(b) *Jacobus Cujacius ex* §. 1. *h. t. expungit* τὸ honorem, *quum quia apud Theophilum non eſt; tum quoniam de re hic agitur, non de honore. Verum quid vetat, ne quod pecuniae alicui honoris cauſſa datur, id dici honor poſſit? Certe id eſt* honos *apud Terent. Eunuch. V*, 7. *v.* 22., *Tull. Ep. XVI*, 9., *& Senec. Controv. I*, 9. *Quin proprie* honos *dicitur, quod* remunerandi gratia intervenit, L. 6. *pr. mand. V. noſtr. jur. Obſ.* I, 6. *Ita uſufructu illo patri reſervato paternis beneficiis honos habetur.*

Digitized by Google

tis ſubſtituit dimidiam uſusfructus, quam licet expreſſe non retentam jure ipſo cedere patri juſſit, *d. L. 6. §. 3.*, quum tamen profectitium peculium, quod totum eſt patris, ſi expreſſe non ſit ademtum, ad emancipatum pertineat, quaſi tacite donatum, *L. donationes 31. §. 2. de donat.*

§. III. Servi quod eis traditur ex ſtipulatione, donatione, legato, aliave quavis juſta cauſſa, dominis ſuis adquirunt ignorantibus etiam, & invitis, *§. 3. h. t.*, *L. quemadmodum 46. de jur. dot.*, *L. adquiruntur 10. §. 1.*, & *L. etiam 32. de adq. rer. dom.* Traditio modus eſt: ſtipulatio, (c) donatio, legatum tituli. De aliis modis, titulisve idem jus eſt. Cur ignorantibus & invitis adquiratur, ea eſt ratio, quod qui cum ſervo contrahit, jam domini animum deponit: dominium autem ne momento quidem temporis conſiſtere poteſt in perſona ejus, qui in poteſtate eſt: nec poteſt eſſe in pendenti, *d. §. 3.*, ac *d. L. 10. §. 1.* Eadem patrum, filiorumque familias ratio eſt, *L. qui in aliena 6. de adq. her.* Una excipitur hereditas, quae per ſervum non adquiritur domino, niſi hujus juſſu adeatur, *d. L. 10. §. 1.*, ne liberum ſervo ſit facto ſuo dominum invitum obligare aeri alieno, *d. L. 6. de adq. her.* In verbis illis Gaji in *d. L. 32.*, *Etiam invitis nobis per ſervos adquiritur pene ex omnibus cauſſis*, *τὸ pene* ad hereditatem ſpectat. Non ſolum autem proprietas, ſed & poſſeſſio adquiritur domino per ſervum, patri per filiumfam. Verum intereſt, num ex peculii cauſſa, an ex alia poſſeſſio adquiratur. Ex peculiari tantum cauſſa domino, patrive adquiritur etiam ignoranti: ex aliis cauſſis non niſi ſcienti & volenti. Qui poſſeſſionem ex omni cauſſa adquiri putant ignoranti, quid reponent Paulo, qui in *L. 1. §. 5.*, & *L. poſſideri 3. §. 12. de adq. poſſ.* diſerte adjicit *τὸ peculiariter*? Ecquid Papiniano reponent, cujus haec verba ſunt in *L. peregre 44. §. 1. eod.*, *Quaeſitum eſt, cur ex peculii cauſſa per ſervum ignorantibus poſſeſſio quaereretur. Dixi, utilitatis cauſſa jure ſingulari receptum.: ne cogerentur domini per momenta ſpecies & cauſſas peculiorum inquirere: nec tamen eo pertinere ſpeciem iſtam, ut animo videatur adquiri poſſeſſio; nam ſi non ex cauſſa peculiari quaeratur aliquid, ſcientiam quidem domini eſſe neceſſariam, ſed corpore ſervi quaeri poſſeſſionem.* Nec deeſt diſcriminis ratio. Poſſeſſionem adquirimus corpore & animo, *d. L. 3. pr.*: corpore ſive noſtro ſive alieno, animo ſemper noſtro, *d. L. 3. §. 12.*: ex peculiari autem cauſſa licet ignorantes, noſtro tamen animo adquirimus, nempe eo, quo ſemel iis, qui in poteſtate noſtra ſunt, peculium permiſimus: in aliis cauſſis ea generalis voluntas locum non habet: proinde ſpeciali voluntate, certaque ſcientia eſt opus. Appoſite Paulus *d. L. 1. §. 5.*, *Quia noſtra voluntate intelligantur poſſidere, qui eis peculium habere permiſimus.* Porro adquiſita nobis per ſervos

(c) *Tribonianus tit. VIII. hujus Lib. donationem retulit inter modos: idem h. §. ejus meminit tanquam cauſſae. Id ne mireris. Donatio, ſi traditione fiat, modus eſt: ſi ſtipulatione, aut pacto, cauſſa magis, quam modus. Quae traditione fit, ea proprie donatio eſt: quae ſtipulatione, aut pacto, potius eſt conventio de donando. In hanc rem non una impenditur pagina Commentarii mei De donationibus.*

vos poſſeſſione, non eſt dubitandum, quin nobis per eos uſucapio etiam accedat, *d.* §. 3., & L. 31. §. 3. *de uſuc.*

§. IV. Quod ſi ſervi in fructu ſint, per eos *adjici*, h. e. adquiri fructuario non poteſt, niſi aut ex hujus re, veluti ſi quid compendii faciant rem fructuarii adminiſtrantes; aut ex operis eorum, veluti ſi mercede conducti libros deſcribant, in ſcenis agant, aliive rei operentur, *h.* §., & L. 21. *de uſufr.* Id de uſufructu jure legati conſtituto certum jus fuit, *d,* L. 21: num idem jus eſſet, eo per alium quemcumque modum conſtituto, fuit quaeſtionis. Et vicit ſententia Pegaſi, (d) *omni fructuario* ex eiſdem cauſſis adquiri, *L. ſed & ſi* 25. §. *ult. eod.* Iis ſervis donata, teſtamentove relicta, & generaliter quae aliunde obveniunt, quam ex duabus illis cauſſis, ea pertinent omnia ad dominum proprietatis, niſi quid eorum contemplatione fructuarii factum appareat, *d.* L. 4., *d.* L. 21. ac L. 22. *de uſufr.* Dubitaſſe *aliquando Varium Lucullum*, ſcribit Pomp. in *L. liber* 19. *de adq. rer. dom.*, num in operis ſervorum hereditas eſſet, quia per ipſos adiretur. Sed placuit, non eſſe, L. *fructuario* 47. *eod. tit.* Ex iiſdem duabus cauſſis liberi homines, ſervive alieni iis adquirunt, a quibus poſſidentur bona fide: extra eas cauſſas hi dominis, illi ſibi, *d. L.* 21., *d. L.* 22., ac *L.* 10. §. 4. *de adq. rer. dom.* Hoc differunt fructuarius, & bonae fidei poſſeſſor, quod hic uſucapere ſervum poteſt, per eumque adquirere ex omnibus cauſſis: ille non poteſt, quum quia non poſſidet, ſed jus tantum habet utendi fruendi: tum quoniam ſcit ſervum eſſe alienum, *d.* §. 4. At quid illud eſt, quod ait Trib., fructuarium non poſſidere? Eſt id quidem itidem ſcriptum in *d.* L. 10. §. *ult.* Sed contra videri fructuarium *naturaliter poſſidere*, inquit Ulp. in *L. naturaliter* 12. *de adq. poſſ.* Ita ſunt loca quaedam in Libris juris, in quibus creditor pignus, fundum colonus dicitur poſſidere: ſunt quaedam, in quibus hoc idem negatur. Veſtigia haec ſunt veteris diſſidii. Sabinianorum ſententia fuit, alios naturaliter, alios civiliter poſſidere: naturaliter eos, qui corpore rem detinent: civiliter eos, qui animo retinent poſſeſſionem. Ex adverſo Proculiani, quos naturaliter poſſidere dicebant Sabiniani, prorſus negabant poſſidere, tantum eſſe in poſſeſſione ajebant. Res multo majorem expoſcit indaginem, quam inſtituti mei ratio videtur pati. V. Cujac. *Obſ. IX*, 32. & 33., Meril. *Obſ. II.*, 31., & Galvan. *De uſufr. c.* 33. Certe poſſeſſio fructuarii ad uſucapionem non prodeſt, quia opinione domini non poſſidet.

§. V. Per alios ab iis, quos enumeravimus, adquiri nobis non poteſt: atque hoc eſt, quod dicitur, per extraneam perſonam nihil adquiri, *excepto eo quod per liberam perſonam, veluti per procuratorem, placet non ſolum ſcientibus, ſed & ignorantibus nobis adquiri poſſeſſionem ſecundum Divi Severi Conſtitutionem, & per hanc poſſeſſionem etiam dominium, ſi do-*

minus

(d) *In Latinis Libris legitur* omnia. *Sed ratio juris graviter obſtat. Cujacius Obſ. XI*, 36. *ex auctoritate Baſilicorum expuncto uno elemento nativam reſtituit vocem. Noviſſime Gulielmus Beſt De ratione emend. leg. VII*, 7. τὸ *omnia in duas voces partitus legit* omni a fructuario. *Verum trajectio illa praepoſitionis a ſimplicitate ſtyli Juriſconſultorum prorſus abhorret.*

minus fuerit, *qui tradidit*, *vel uſucapionem*, *aut longi temporis praeſcriptionem*, *ſi dominus non ſit*, §. 5. *h. t.* Ait Trib., *non ſolum ſcientibus*, *ſed & ignorantibus:* quod vulgo ſic accipitur, ut *τὸ ſcientibus* referatur ad mandatum procuratori datum, *τὸ ignorantibus* ad tempus, quo procurator adprehendit poſſeſſionem. Meo judicio utrumque ſpectat ad idem, h. e. ad tempus nactae poſſeſſionis, quaſi ſcripſerit Tribonianus non referre, num ſciat quis, an ignoret, quo tempore procurator poſſeſſionem adprehendat. Qui Latine ſcit, facile intelligit, vocum illarum, *non ſolum*, *ſed &* vim poteſtatemque hanc eſſe, ut ſcientiae, aut ignorantiae neceſſitatem prorſus excludant. At vero ſcientia ad mandatum relata omnino neceſſaria eſt. Ait Trib., *ſecundum D. Severi Conſtitutionem*. Haec eſt in *L.* 1. *C. de adq. poſſ.* Non fuit Severus primus auctor iſtius juris. Idem jam ante fuerat a Prudentibus introductum, receptumque, *L. ſi rem.* 41. *de uſurp.* Severus ipſe jus illud *receptum* vocat. At diſſentiebant tamen nonnulli: quo ſpectant illa, *jam fere convenit* in *d. L.* 41. Tandem Severus receptam ſententiam primus probavit. Ait Trib., *vel uſucapionem*. Sed & illud addendum erat ex *d. L.* 1. *C. eod.*, *poſtquam ſcientia intervenerit*. Si qui procuratori meo rem meo nomine tradit, dominus eſt, mihi etiam ignoranti dominium adquiritur, *L. ſi procurator* 13. *de adq. rer. dom.*: ſi non eſt dominus, non ante adquiritur mihi jus uſucapionis, quam adquiſitam mihi poſſeſſionem ſciam; requiritur enim ad uſucapionem bona fides: at nec mala, nec bona fide poſſidet, qui poſſidere ſe neſcit. Ut uſucapiat ignorans, in peculiaribus tantum rebus receptum eſſe, ait Paulus in *L. ſi emtam* 47. *de uſurp.* Ait demum Trib., *vel longi temporis praeſcriptionem*, quia praeſcribuntur nonnulla, quae nequeunt uſucapi. V. dicta *h. Lib. II. p.* 253. Per tutorem quoque, curatoremve poſſeſſionem ac dominium adquirimus, *L.* 1. §. 20. *de adq. poſſ.*, *L. ſi procurator* 13. §. 1. *de adq. rer. dom.*

§. VI. Hic abrumpit Tribonianus tractationem de ſingularibus adquirendi dominii modis, proſilitque ad univerſales. Sequamur eum, quocumque eat.

TITULUS X.

De teſtamntis ordinandis:

PR. Tit. Primus adquirendi per univerſitatem dominii modus eſt aditio hereditatis. Hereditas eſt *ſucceſſio*, i. e. jus ſuccedendi *in univerſum jus*, *quod defunctus habuit*, *L. hereditas* 62. *de R. J.* Ea ſive teſtamento, ſive ab inteſtato obveniat, defertur Lege, quae aut expreſſam teſtatamque defuncti voluntatem probat, aut de non expreſſa facit conjecturam. Delatio cauſſa eſt, aditio modus adquirendi. Ubi de neceſſaris, ac ſuis heredibus agitur, jure ſingulari delatio eſt itidem modus. Videamus primum de hereditate, quae teſtamento defertur. Ea adquiritur jure Civili, cujus eſt teſtamentum. Grotius, Buddeus, & Barbeyracius, qui illud e jure gentium derivant, argumento hoc uno ſatis refelluntur. Ju-

Jure gentium dominia retinentur animo, nec ante in alium transferuntur, quam dominus eum animum volens abjecit, nec poteſt alias abjicere, quam ſi adhuc retineat. At vero teſtator, dum vivit, eum animum nunquam deponit; quia ſemper vult rem ſibi habere, mortuus deponere volens non poteſt, quia eum animum amplius non retinet. Facit quidem teſtamentum, quo tempore ſua res eſt, at non eo tempore rem alienat, tantum de re alienanda ſtatuit, ſed alienationem confert in tempus, quod ſequitur mortem, ex quo vim habere incipit teſtamentum, & quo res amplius non eſt ſua; quod idem eſt, ac rem non ſuam alienare. Id autem utiliter fieri, ratio juris gentium non poteſt pati. Igitur ſola poteſtas Civilis pro *imperio* illo, quo *omnia poſſidet*, ut loquitur Seneca *De benef. VII*, 4., teſtamenta permiſit, atque hoc eſt, quod inquit Papinianus in L. 3. *qui teſt. fac.* teſtamenti factionem *non privati, ſed publici juris eſſe* (a). De hac re multo enucleatius actum a nobis eſt in Diſſertatione ante annos XIV. Italice ſcripta *De jure Principis in voluntates defunctorum*, quam vide. Teſtamentum ex eo appellari, ait Trib. *pr. h. t.*, quod *teſtatio mentis eſt*. Hoc idem ſcripſiſſe Servium Sulpicium *Lib. II. De teſtamentis*, auctor eſt Gellius VI, 12. Id autem alluſio eſt, non etymologia, quod putant Gellius ibid., & Valla *Eleg. VI*, 36. eo nomine Servio ſubiraſcentes. Alluſionum ſtudioſiſſimi fuere Stoici, horumque exemplo Juriſconſulti. V. Cujac. *Obſ. XI*, 37., Freher. *Veriſim. II*, 15., & Perrenon. *Animad. II*, 21. Teſtamentum eſt *voluntatis noſtrae juſta ſententia de eo, quod quis poſt mortem ſuam fieri velit*, L. 1. *qui teſt. fac.* Dicitur juſtum, quod *jure perfectum eſt*, L. 2. §. 1. *teſt. quemad. aper.*, ſeu quod ſecundum ſollennia juris eſt factum. Sunt quaedam teſtamenti ſolennia, quibus omiſſis nulla ejus vis eſt, proinde merito Scaevola in L. 88. §. 17. *de leg.* 2. teſtamentum riſit cujuſdam Lucii Titii, qui *ſine ullo (b) juriſperito*, & *minus legitime* teſtatus valere teſtamentum illud ſuum putabat hoc uno, quod *pro jure legitimo haberi deberet hominis ſani voluntas*.

§. I. Olim duo apud Romanos fuere teſtamentorum genera: alterum, quod exituri in praelium faciebant. Utrumque genus teſtamenti natum Romae, non a Graecis adſcitum, utriuſque enim exempla jam ante Xviros occurrunt apud Plutarchum in *Romul.* & *Coriol.* In pace teſtamentum fiebat *calatis*, i. e. convocatis *comitiis*: calata autem comitia fuiſſe Curiata, aut Centuriata, hiſque pariter atque illis facta olim teſtamenta, ſcribit Gellius *Noct. XV*, 27. Vinnius, aliique nonnulli, qui Centuriata huc non pertinere arbitrantur, ſophiſtas agunt. Certe Tributis jus non erat teſtari; fieri enim teſtamenta oportebat in concione populi univerſi, ut Gellius inquit; iis autem comitiis intereſſe probro ſibi ducebant Patricii: quod egregie praeter caeteros explicat Gruchius *De comit Rom.*.

(a) *Aliam Papiniano ſententiam affingit Raevardus Var. V*, 12.

(b) *Juriſperiti olim, ut noſtris temporibus, in conſilium adhibiti, quum ordinarentur teſtamenta. Arrian. Diſſ. Epict. II*, 13., *Cic. De orat. II*, 6. *Suet. in Ner. c.* 32.

Digitized by Google

Rom. II, unde magis *concilium*, quam comitia Gellio dicta. Calatis comitiis nuncupari heredem neceſſe erat, ac teſtamenta fieri per populi rogationem in modum Legis, uti factas olim adrogationes dixi *Lib.* 1. *p.* 102. In procinctu, uti loquuntur Cic. *De nat. Deor.* II, 3., & Gellius ibid., ſeu *endo procinctu*, uti habent veteres Gloſſae Lat. Graecae, fieri teſtamentum dicebatur, quod Romani milites ſuccincti in praelium exirent more a Gabiis ducto: unde *cinctus Gabinus* apud Verg. *Æneid. VII*, *v.* 612. Hinc *exercitus procinctus*, & *procincta claſſis*. Teſtamentum ipſum Tribonianus *procinctum* vocat; ſed vel hoc uno magnam ille Latinae linguae imperitiam prodit. Hoc illud teſtamentum eſt, quod aliquando a militibus magno terrore perculſis & quaſi jam morituris *etiam in principiis*, h. e. in conſpectu Imperatoris, *Ducumque ſcriptum*, ait Florus *Hiſt.* III, 10. Sed nec erat opus illud ſcribi. Satis erat heredem nuncupari tribus, aut quatuor teſtibus audientibus. Plutarch. in *Coriol.* *p.* 198. In iis Plutarchi, τριῶν, καὶ τεττάρων aut pro καὶ repone ἢ, aut καὶ pro ἢ poſitum puta. In alterutram partem exemplorum abunde eſt in Libris Graecorum. Duo iſta teſtamentorum genera tandem deſuevere. Quod calatis comitiis fiebat, deſuevi ſſe videtur, poſtquam prodiit Lex illa XII. Tab., *Paterfam. uti legaſſit ſuper pecuniae tutelaeve ſuae rei, ita jus eſto*; quis enim, quum poſſet apud amicos teſtari, animi ſui ſententiam ederet in vulgus? Ecquis quum teſtari ſemper poſſet, expectare comitia mallet, quae praevenire mors poterat, quibuſque intereſſe hunc morbus, illum alia gravis cauſſa vetabat? Quod fieri dicebatur in procinctu, diu ſtetit poſt Leges XII. Tab.; ſed jam Tulliano aevo exoleverat. Cic. *De nat. Deor. II*, 3. Acceſſit *deinde*, h. e. perlatis Legibus XII. Tab., tertium teſtamenti genus, quod fieri dicebatur *per aes & libram*, i. e. per (c) *mancipationem*, ſeu imaginariam venditionem. In eo teſtamento duae res agebantur, teſte Ulpiano, *Fragm. XX*, 9.; *familiae*, h. e. hereditatis *mancipatio*, & *nuncupatio teſtamenti*. Familiam teſtator praeſentibus libripende, ac teſtibus quinque mancipabat de veteri mancipationis ritu, quem enarravi *Lib.* 1. *p.* 104. Principio ipſe heres familiae emtor fuit: tum ad avertendam a teſtatore, atque ab herede invidiam, praecidendaſque fraudes heredipetarum inductum eſt, ut alius ab herede emeret ea lege, ut poſt obitum teſtatoris familiam remanciparet heredi ſcripto, §. 10. *h. t.* Multa de hoc ritu Ev. Otto *Juriſpr. ſymb.* I, 18. Nuncupabatur autem teſtamentum in hunc modum. Tabulas teſtamenti teſtator tenens ajebat, *Haec uti in his tabulis cerisve ſcripta ſunt, ita do, ita lego, ita teſtor; itaque, vos Quirites, teſtimonium perhibitote*: quae *nuncupatio*, & *teſtatio* dicebatur. Ulp. ibid. Id genus teſtamenti *diutius permanſit*; de eo enim tanquam de re praeſenti loquitur Ulpianus: ſed & illud tandem deſiit *partim* in uſu eſſe. Cur inquit Trib., *partim*? Quia in deſuetudinem abiit mancipatio retenta nuncupatione, ut mox

(c) *Nunc legas mancipationem, ut Codices quidam habent, an emancipationem, ut alii, nihil intereſt. Utroque vocabulo venditionem ſignificari apud Latinos, notius eſt, quam ut exempla produci ſit opus.*

Digitized by Google

§. II. & V. Succeſſit Praetoria teſtandi forma, ſecundum quam ſatis erat ſignari tabulas ſeptem teſtium ſignis, §. 2. *h. t.* Remiſit Praetor neceſſitatem mancipationis, ſed numerum teſtium auxit, & hoc plus ſignari tabulas juſſit: quod Civile jus ignorabat. Teſtamenta ſignabantur annulo, ut & epiſtolae, aliaque ſcripta, & viliſſima quaeque utenſilium. Tacit. *Annal.* II, 2. Sed non alias quam annulo ſignari teſtamenta jus erat; adeo ut alio inſtrumento ſignatorio jus non eſſet ſignari, *L. ad teſtium* 22. §. 5. *qui teſtam. fac.*: de cujus loci lectione v. noſtr. *jur. Obſ.* I, 21. Verum nimiam iſtam & miſeram diligentiam juris Romani poſteriorum temporum mores non receperunt: & nunc quovis inſtrumento ſignatorio recte ſignatur. Num autem ſuo quis, an alieno inſtrumento utatur, nihil intereſt, nec quod idem ſignum inſtrumentis omnibus inſculptum ſit, id quidquam obturbat, §. 5. *h. t.*, ac *d. L.* 22. §. 2.; non enim ſeptem diverſis ſignis, ſed ſeptem teſtium obſignatione eſt opus. Edictum, quo ea forma primum eſt inſtituta, multo eſt antiquius Tullio; hic enim illud *tralatitium* vocat *Lib.* 1. *in Ver. c.* 45.: ſtabat autem aetate Papiniani, & vero etiam Conſtantini, namque hic in *L.* 1. *C. Th. de teſtam.*, ille *Lib. reſponſ. tit.* 44. teſtium meminere *quinque*, *aut ſeptem*; erat enim cuique liberum per eas & libram, aut ex Edicto teſtari. Quid quod Praetoriam teſtandi formam Imp. Arcadius probavit in *L.* 3. *C. Th. eod.*? Ergo inſigniter erravit Cujacius, teſtamentum illud a Conſtantino M. ſublatum ratus ob locum Euſebii in *vit. Conſt.* IV, 26., & ob *L.* 15. *C. de teſtam.*: qui duo loci ſunt aliorſum accipiendi. V. J. Gothofr. in *d. L.* 1.

§. III. & IV. Quoniam autem nullus eſt locus juris Arcadio recentior, quo non ſeptem teſtium mentio fiat, prorſus eſt verum, quod tradit J. Gothofredus ibidem, poſt tempora Arcadii, ac primum ſub Theodoſio Juniore Arcadii filio exoleviſſe teſtamentum per eas & libram, enatumque novum teſtamenti genus compactum ex veteri jure Civili, & ex jure Praetorio, ad quae procedente tempore aliqua ſolennium acceſſio facta eſt per Conſtitutiones Imperatorum: atque hoc eſt teſtamentum illud, quod Tribonianus §. 3. *h. t.* vocat *tripertitum*, i. e. ex veteri jure Civili, ex jure Praetorio, & ex Principalibus Conſtitutionibus collectum: quo teſtamento nunc utimur. Requiruntur ad hoc teſtamentum teſtes ſeptem praeſentes, & rogati, contextus unus, teſtiumque ſigna, ac teſtatoris, teſtiumque ſubſcriptiones. Rogati teſtes intelliguntur, ſi *ante teſtimonium certiorentur, ad teſtamentum ſe adhibitos, licet ad aliam rem ſint rogati, & collecti*, *L. heredes* 21. §. 2. *qui teſt. fac.* Contextus unus in eo eſt poſitus, ut *nullus actus alienus teſtamento intermiſceatur*, *d. L.* 21. §. 3., niſi morbus, aliave neceſſaria cauſſa aliud repoſcat, *L.* 28. *C. de teſtam.* Teſtium numerus & ſigna ſunt ex Edicto Praetoris: teſtium praeſentia, rogatio, & contextus unus ex veteri jure Civili; nam teſtamento, quod fiebat per aes & libram, praeſentes aderant cives quinque per (*d*) anteſtatum acciti: teſtamento, quod fieri dicebatur calatis comitiis,

(d) *Apud Romanos nulla ſine anteſtato facta mancipatio eſt.* Sed Ulpia-

tiis, aderat populus, & rogabatur: ac porro interruptis comitiis nihil actum intelligebatur. Cic. *Ep. ad Q. Fr.* III, 3. Demum ſubſcriptiones teſtium; ac teſtatoris, Conſtitutionibus Principum inductae ſunt: jamque aetate Paulj et Ulpiani neceſſe erat ſigulos teſtes ſubſcribere, h. e. *proprio chirographo adnotare, quis, & cujus teſtamentum ſignaverit*, L. *pen. D. qui teſtam. fac.*: quique ſignabat, non tamen ſubſcribebat, pro eo erat, atque ſi adhibitus non eſſet, pariter ut qui adſcribebat ſe, nec tamen ſignaverat, *d.* L. 22. §. 4. De ſubſcriptione teſtatoris primum a Theodoſio cautum in L. 21. C. *de teſtam.*, conſtitutumque, ut is tabulas ſubſcribat, aut ſi vel literas neſciat, vel morbo impediatur, octavum teſtem advocet ejus nomine ſubſcripturum. Sed nihil horum eſt opus ex nova Juſtiniani Conſtitutione in L. 28. C. *eod.*, ſi teſtator teſtamentum ipſe ſcripſit, ſeque illud ſcripſiſſe profiteatur. Idem Juſtinianus teſtatoris teſtiumve manu exprimi juſſit nomen heredis, §. 4. *h. t.*, L. 29. *C. eod.* Sed hoc ille mox abrogavit in *Nov.* 119. *c.* 9., ne teſtator, hereſve inſidiis heredipetarum pateret. *De ſubſcribendis, & ſignandis teſtamentis* egregie Salmaſius peculiari Libro.

§. VI. uſque ad XI. Teſtes adhiberi poſſunt ii, *cum quibus teſtamenti factio eſt*; §. 6. *h. t.* Quis eſt autem is, *cum quo teſtamenti factio eſt*? Num is, qui poteſt capere ex teſtamento: an qui facere teſtamentum poteſt? Utraque opinio magnos patronos habet. At vero pupillus ex teſtamento capit, nec recte teſtis adhibetur; contra filiusfam. eſſe teſtis poteſt, non item teſtari. Illud videtur eſſe reliquum; ut a Triboniano deſignari eum dicamus, qui ſimul poteſt ex teſtamento capere, & teſtari. At ne id quidem recte dixeris; nam mulier utrumque poteſt, & eſſe teſtis vetatur. Heineccii conjectura eſt, cum eo eſſe factionem teſtamenti, qui jus habebat comitiorum. At vero diu ante tempora Triboniani deſierant teſtamenta fieri calatis comitiis: Tribonianus autem de factione illa loquitur tanquam de re praeſenti. Huc accedit, quod factio teſtamenti in Libris juris poteſtatem ſignificet aut faciendi teſtamenti, aut capiendi ex teſtamento, praeterea nihil. Faciendi teſtamenti, capiendive ex teſtamento jus habet, qui *habere* dicitur *teſtamenti factionem*: jus tantum capiendi is, *cum quo* dicitur *eſſe factio teſtamenti*. Igitur Triboniani ſententia omnino eſt haec, eos adhiberi teſtes poſſe, qui jus habent capiendi ex teſtamento. Ita Ulpianus *Fragm.* XX, 8., *Latinus Junianus*, inquit, *teſtis fieri poteſt, quoniam cum eo teſtamenti factio eſt*, i. e. quoniam

X 2 ca-

pianus Fragm. XX, 3., *ubi mancipationis ſolennia enarrat: & Tribonianus* §. 1. *h. t., ubi de teſtamento per mancipationem agit, omnino tacent de anteſtato. Fortaſſe vera ſilentii iſtius ratio haec eſt, quod nihil eſſet neceſſe, eum, qui anteſtaretur, alium eſſe a teſtibus, libripende, emtore, eove, qui mancipares, vel teſtaretur. Et probabile eſt, aut eum, qui mancipabat, aut eum, qui emebat, inter quos proprie res agebatur, tactis auriculis teſtes advocaſſe, quemadmodum in veteri in jus vocatione actor ipſe reum per vim rapturus anteſtabatur. Caeterum anteſtatio ipſa omitti non poterat: & diſerte Clemens Alexandrinus Strom. Lib. V. in teſtamentis per aes & libram attrectationes aurium adhibitas ſcribit. V. Schulting. in Gaj. Inſt.* 1, 6. 3.

capere ex teſtamento poteſt, ſi intra dies centum civis Romanus fiat: quod is idem tradiderat *Fragm.* XVII, 1. Sed & idem Ulp. in *L. is cui* 18. *qui teſt. fac.* regulam proponit in aliam ſententiam; praefatus enim, eum, cui bonis interdictum eſt, facere teſtamentum non poſſe, ſubdit, *Merito ergo nec teſtis adhiberi poterit, quum neque teſtamenti factionem habeat*. Video, de regula alterutro modo propoſita caſus aliquot eximi oportere; ſed id eſt ingenium regularum juris, ut proprie dici regulae vix queant. V. Cujacium, Raevardum, & J. Gothofredum in *tit: De R. J.* Jam teſtes adhiberi ad teſtamentum non poſſunt mulier, impubes, furioſus, is, cui bonis interdictum eſt, mutus, ſurdus, ſervus, inteſtabilis, qui in poteſtate teſtatoris eſt, heres, quique aut in poteſtate heredis eſt, aut heredem habet in poteſtate, itemque fratres heredis, qui in ejuſdem patris poteſtate ſunt, *d.* §. 6., §. 9. & 10. *h. t.* Mulieres in univerſum omnibus publicis, ſolennibuſque actibus, quibus non caſu, ſed accitos rogatoſque teſtes intereſſe jus moſque eſt, Romanae Leges prohibent, quum quia ad eos actus non tam fidei, quam ſolennitatis cauſſa teſtes adhibentur: tum quoniam, ubi fortuitum teſtimonium non admittitur, abſurdum eſt advocari feminas, quarum infirmum conſilium eſt; quum graves & ſapientes viri poſſint. Atque ita explicandum, quod Ulpianus habet in *L. qui teſtamento* 20. §. 6. *eod.*, non poſſe mulierem teſtimonium dicere in teſtamento, *alias autem poſſe*. Impuberum teſtimonium *propter lubricum conſilii* rejicitur, *L. teſtium* 3. §. 5. *de teſt.* Furioſi non intelligunt, quod agunt, praeter quam ſi intermiſſi furoris tempore teſtimonium dicant, *d. L.* 20. §. 4. Prodigi ſimillimi ſunt furioſis, horumque exitum faciunt, *L. his* 12. §. 2. *de tut. & cur.* Muti fruſtra interrogantur: interrogari autem teſtes ex multis cauſſis ſolent, L. 1. §. 2. *L.* 4. & 5. *teſt. quemad. ap.* Surdos vix eſt, ut admoneas, quid teſtator ſit acturus; ac ſi quando interrogandi ſint, verba perdes. Servi nullam habent juris Civilis communionem, *d.* L. 20. §. 7. Si quis vero ſervus tempore teſtamenti, quo tempore conditio teſtium ſpectanda eſt, *d. L.* 22. §. 1., *omnium conſenſu* liberi loco habeatur: tum ſervus appareat; teſtamento ſubveniunt *ex ſua (e) liberalitate* Hadrianus in (*f*) L. 1. *C. de teſtam.*, ac Severus & Antoninus in §. 7. *h. t.*, namque horum reſcriptum alibi non extat. Aliud poſtulabat ſubtile jus; ſed & juſto omnium errori parcendum erat, & publicae utilitati conſulendum. Non ſolus error movit Imperatores, quaſi error communis faciat jus, ut falſo creditum

(e) *Accurſium, qui contra omnium Codicum fidem legit* pro libertate ſua, *h. e. pro putativa libertate ſervi, quis patiatur? Tò* ſua *referri ad Imperatores, de quorum liberalitate hic agitur, ac ſi legatur* libertate, *pro* ſua *reponi oportere ejus, probe intelligit, qui vel mediocriter Latine ſcit.*

(f) *Hanc unam Hadriani Conſtitutionem omnium, quotquot ſunt in Codice, antiquiſſimam, Codici inſeruit Tribonianus. Reſcripſit autem Hadrianus* Catonio Vero, *uti habent ſanctiores Inſtitutionum Libri, Theophili Paraphraſis, atque epigraphe* L. 1. C. de teſtam., *non, ut vulgo legitur,* Catoni.

tum a pleriſque; namque alias communis error non prodeſt, L. *non idcirco* 44. §. 1. *de judic.* Movit etiam eos publicae utilitatis ratio, publice enim intereſt, extrema hominum judicia, quantum fieri poteſt, ſervari, L. 5. *teſt. quemad. ap.* Et generaliter ubi quaeritur, num valeant geſta a ſervo, qui apud omnes liberi loco eſt; videndum, quid publica, quid privata utilitas poſcat. Ab eo geſta ex cauſſa privata, ſtatim ut ſervus apparet, irrita fiunt, *d.* L. 44. §. 1.: geſta ob publicam cauſſam valent, L. *Barbarius* 3. *de off. Praet.* Multi ſunt in hac re Jac. Cujacius *Obſ.* XVIII, 33., & J. Gothofredus *Diſſ. in d.* L. *Barbarius*. Inteſtabilis, vel, ut eſt in XII. Tab. apud Gell. XV, 13., *improbus inteſtabiliſque*, in ea cauſſa eſt, ut neque ejus teſtimonium recipi queat, neque ipſi teſtimonium dici, L. *quum lege* 26. *qui teſt. fac.* Talis erat ex XII. Tab. apud Gell. ibid. anteſtatus, ac libripens perhibere teſtimonium ejus rei, cui adfuerant, detrectantes: qua de re J. Gothofredus in XII. Tab. *Tab. VII.*: ſuntque tales ex S. C. damnati ob carmen famoſum, *d.* L. 18. §. 1.: ex Conſtitutionibus apoſtatae, L. 3. *C. de apoſt.*, aliique. Teſtimonium ejus, qui in poteſtate teſtatoris eſt, tanquam *domeſticum* reprobatur, *d.* §. 9., ubi domeſticum non ad cognationem, affectionemque refertur, quaſi eo nomine videri ſuſpectum debeat, ut quid enim emancipati liberi aeque ſanguine atque animis conjuncti ad dicendum teſtimonium recte adhibentur? ſed ad unionem illam perſonarum, quae proficiſcitur ex ſolo vinculo poteſtatis: quo eodem ſenſu ſui heredes dicuntur *domeſtici*, atque extraneis opponuntur in §.2. infr. *de her. qual.* Ita qui in poteſtate teſtatoris eſt, ea de cauſſa rejicitur, quod ipſe ſibi dicere teſtimonium videtur. Facit illud Triboniani §. 10. *h. t.*, *Neque aliis perſonis, quae conjunctae ſunt, licentiam concedimus ſibi quodammodo teſtimonia praeſtare*. Jam vero *poteſtatis* verbum in hac cauſſa multo latius accipitur, quam vulgo ſolet; non enim eos tantum complectitur, qui ſunt, habentve in poteſtate, ſed & eos, qui ex latere junguntur, modo in eadem poteſtate ſint. Et quidem ſi filiusfam. de caſtrenſi peculio *poſt miſſionem* teſtetur, quum patris, qui eum habet in poteſtate, tum fratris, qui in eadem poteſtate eſt, teſtimonium rejicitur, *d.* §. 9. Poteſtas igitur familia eſt. Tò *poſt miſſionem* eo ſpectat; ut intelligas, in teſtamento filiifam. de caſtrenſi peculio poſt miſſionem teſtantis patri fratrique nunquam permitti teſtimonium perhibere: non eo, ut putes, ante miſſionem id alterutri ſemper licere; namque non alias licet, quam ſi ille jure militari teſtetur, arg. *pr.* & §. 3. *tit. ſeq.* Hoc plus *poteſtatis* verbo in hac cauſſa is etiam comprehenditur, quem teſtator ab hoſtibus redemit, *quamvis placeat, hunc ſervum non eſſe, ſed vinculo quodam retineri, donec pretium ſolvat*, *d.* L. 20. §. 1. Sed diſtinguendum hoc loco eſt vinculum poteſtatis, quo teſtes teſtatori junguntur, a vinculo, quo junguntur inter ſe; namque hoc non nocet. Ergo pater, & liberi in poteſtate ejus conſtituti recte poſſunt in uno teſtamento teſtes fieri. Et in univerſum nihil eſt impedimento, ne ex una domo plures teſtes alieno negotio adhibeantur, §. 8. *h. t.*, L. *pater* 17. *de teſtib.* Atque hinc petenda ratio, cur teſtes fieri non poſſint quum heres, tum qui heredi jungitur vinculo poteſtatis, ſive ſit ex liberis

ris, ſive pater, fraterve. Et vero *hoc totum negotium, quod agitur teſtamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter teſtatorem & heredem agi*, §. 10. *h. t.* Τὸ *hodie* argumento eſt, olim ſecus fuiſſe. Et certe ſecus ſe res habebat, quum familiae emtor alius erat ab herede in tabulis ſcripto; emtor enim, emtorique conjuncti vinculo poteſtatis a dicendo teſtimonio repellebantur, quamvis emtor non eſſet heres: contra verus heres, heredique in eum modum conjuncti admittebantur; quamvis probe noſſent, quis eſſet in tabulis ſcriptus. Quod vero parum verecunde facit, qui ſe ſcriptum heredem ſciens teſtamento teſtis adeſt, prodiere Conſtitutiones neſcio quae, quibus ne id faceret, monebatur. Saepe Leges monent, non imperant. V. dicta *Lib. I*, p. 52. Tandem Juſtinianus vetus monitum *in Legis neceſſitatem tranſtulit, nec ejuſmodi veteres Conſtitutiones Codici ſuo inſeri permiſit*, d. §. 10. Haec diligentius expenduntur in noſtr. *Obſ. III*, 22., ubi locus Tulli *pro Mil. c.* 18., & Ulpiani locus in *L. qui teſtamento* 20. *qui teſt. fac.* illuſtrantur. Porro τὸ *totum* indicio eſt, non idem jus eſſe de legatariis, & fideicommiſſariis, iiſque, qui de eorum familia ſunt. Cum his omnibus non totum negotium geritur, quia non univerſi juris ſucceſſores ſunt, ut heredes: proinde nihil eſt cauſſae, cur a dicendo teſtimonio arceantur: quin teſtimonii dictionem Conſtitutione quadam Juſtiniani eis *ſpecialiter* conceſſam, ait Trib. §. 11 *h. t.*; ſed ea Conſtitutio intercidit. Extat in eandem ſententiam Conſtitutio Zenonis in *L.* 22. *C. de teſtam.* Sunt qui rationem iſtam juris reprehendunt; legatarii enim & fideicommiſſarii ſi non principaliter, ſaltem per conſequentias teſtimonium dicunt in rem ſuam: quod per Leges non licet, *L. nullus* 10. *D.*, & *L.* 10. *C. de teſtib.*, *L.* 1. §. 11. *quand. appel.* Et ſummo quidem jure denegandum iis erat perhibendi teſtimonii jus, tamen quod mos eſſet Romanis, quum extrema concederent, amiciſſimos quoſque ad dicendum teſtimonium advocare; durum eſt viſum, aut non poſſe teſtatorem amicis teſtibus uti, aut teſtibus non poſſe legati fideicommiſſive titulo aliquid relinquere amoris ſui monumentum. V. Symmach. *Ep. X*, 55. Hinc eo decurſum, ut in teſtamentis jure ſingulari non alias teſti obſtaret cum eo negotio agi, quam ſi totum ageretur.

§. XII. & XIII. Nihil autem intereſt, teſtamentum in tabulis, an in chartis, membraniſve, vel in alia materia fiat, §. 12. *h. tit.* Scribere veteres conſueviſſe in tabulis cera obductis, quis eſt omnium, qui ignorat? Salmaſium, qui *De ſubſcr. teſt. c.* 26. ſcribit, ceratarum tabularum mentionem nullam extare in Libris Juriſconſultorum, magni erroris manifeſtarium produnt *cerati codicilli* in *L. librorum* 42. *de leg.* 3., bonorum poſſeſſio *contra lignum* in *L. quod vulgo* 19. *de bon. poſſ. cont. tab.*, in quam v. Cujacium *Obſ. XI*, 14. & *ligneae tabulae* in *L. 1. de bon. poſſ. ſec. tab.* Suo quoque tempore ſcribi in tabulis ſolitum, docet Tribonianus *d.* §. 12. Tabulae ut plurimum ligneae, interdum etiam eboreae, *d. L.* 52. *Chartae appellatio*, inquit Ulp. in *L.* 4. *de bon. poſſ. ſec. tab.*, & *ad novam chartam* refertur in qua nihil adhuc inſcriptum, & *ad deletitiam*, in qua ſcriptum aliquid, tum deletum ſpongia, de cu-

jus

jus frequenti apud veteres uſu Caſaub. in *Suet. Aug. c.* 85. Aeque hac, atque illa uti teſtator poterat ſine vitio teſtamenti: nec vetabatur *in opiſthographo*, i. e. in charta utrinque ſcripta, *teſtari d. L.* 41., quamvis in averſa charta ſcribi apud veteres rarum. Id eſſe *opiſthographum* rejectis aliorum interpretationibus ſolide probat Pancirolus *Lect.* II, 109. Quod de *alia materia* inquit Trib., explicari de *corio* poteſt, *d. L.* 52., ac *d. L.* 1. Nihil etiam intereſt, unus, an plures ſint ejuſdem teſtamenti codices. Olim *vulgo fieri ſolitum*, ſcribit Proculus in *L. Sempronius* 47. *de leg.* 2., ut *binae tabulae teſtamenti eodem tempore exemplarii cauſſa* ſcriberentur. Exempla ſunt apud Suetonium in *Aug. c.* 101., ac *Tib. c.* 76., de quibus v. Heraldum *Obſ. c.* 50., & Zach. Huberum *Diſſ. VI*, & *VII. Tom. II.* Binas illas tabulas appellat Suetonius in *Tib.* teſtamentum *duplex uno exemplo*: ſed proprie erant illae *exempla*, ſeu *exemplaria* duo unius teſtamenti, ambo authentica, & ut Theophilus loquitur, ἰσότυπα, *L. unum* 24. *qui teſt. fac.*, ac *d. L.* 1. §. 5. Solenne autem fuit Romanis aut longi itineris, aut alia de cauſſa exemplum unum penes ſe habere, alterum deponere apud amicos, aut in publico, & ſacro loco, i. e. apud Aedituos, Virginesve Veſtales: quo ſi alterum interdiceret, alterum ſupereſſet, §. 13. *h. t.*, *d. L.* 24., *d. L.* 1. §. 4., *L. ult. de his, quae in teſt. del.*, & *L. locum* 3. §. 2. & 3, *de tab. exh.* Suet. in *Jul. c.* 83. & in *Aug. d. c.* 101.

§. XIV. Hactenus de teſtamento, quod fit per ſcripturam, quodque Greci μυςικὸν, vulgo nunc *clauſum* dicunt, quia celato heredis nomine teſtibus offertur obſignandum, ſubſcribendumque. Huic opponitur teſtamentum, quod fit *ſine ſcriptis*, ac *per nuncupationem*, i. e. herede coram ſeptem teſtibus *palam nuncupato*, h. e. ita nominato, ut exaudiri poſſit, §. 13. *h. t.*, & *L. heredes* 21. *qui teſt. fac.* Hujuſmodi teſtamentum Romae rarum, factumque ut plurimum urgente vi morbi, quum quia nuncupari apud teſtes heredem neceſſe erat: plerumque vero intererat, latere nomen heredis: tum quoniam diuturnior tabularum, quam teſtium fides. Reſtat, ut illud vos moneam, aliud eſſe nuncupare teſtamentum, aliud nuncupare heredem. Nuncupat teſtamentum teſtator, quum profitetur, iis tabulis, quas exhibet teſtibus, contineri ſententiam animi ſui de eo, quod poſt mortem ſuam fieri velit: nuncupationem ad myſticum teſtamentum prorſus eſt opus: atque haec illa nuncupatio eſt, quam deſueta mancipatione retentam modo dixi. Nuncupare heredem quid ſit, jam noſtis.

TITULUS XI.

PR. Tit. & §. I. Militare teſtamentum non eſt idem cum teſtamento, quod fieri in procinctu dicebatur. Hoc Decemviris antiquius: illud eſt e Conſtitutionibus Imperatorum. Ulp. *Fragm.* XXIII, 10., & *L.* 1. *de teſt. mil.* Quin teſtamentum in procinctu jam perierat temporibus Ciceronis, uti hujus teſtimonio patet *De nat. Deor.* II, 3., quibus tempori-

ribus militare teſtamentum vix fuerat inſtitutum ; etſi enim *militibus liberam*, h. e. legitima obſervatione ſolutam, *teſtamenti factionem primus Julius Caeſar conceſſiſſe* perhibeatur, ea tamen *conceſſio temporalis erat* : primusque *Nerva pleniſſimam indulgentiam in milites contulit*, i. e., ut ego hunc locum accipio, eam conceſſionem perpetuam fecit, *d. L.* 1. Ita militare teſtamentum aut vetus eſt, aut novum. Vetus non alio tempore poterat fieri, quam quum erat in praelium exeundum : novo faciendo totum expeditionis tempus eſt datum, h. e. totum illud tempus, quo milites in caſtris degentes hoſtem vel inſequuntur, vel expectant : quod totum tempus tranſigi ſine ullo praelii periculo poteſt. Totam militaris teſtamenti rationem explicavit Trajanus (*a*) Catilio Severo reſcribens apud Florentinum *L. Divus* 24. *eod.*, ac Trib. §. 1. *h. t.* Trajani verba ſunt, *Id privilegium, quod militantibus datum eſt, ut quoquo modo facta ab iis teſtamenta, rata ſint: ſic intelligi debet, ut utique prius conſtare debeat, teſtamentum factum eſſe, quod & ſine ſcriptura a non militantibus quoque fieri poteſt. Is ergo miles, de cujus bonis apud te quaeritur, ſi convocatis ad hoc hominibus, ut voluntatem ſuam teſtaretur, ita loquutus eſt, ut declararet, quem vellet ſibi heredem eſſe, & cui libertatem tribuere: poteſt videri ſine ſcripto hoc modo eſſe teſtatus, & voluntas ejus rata habenda eſt. Ceterum ſi (ut plerumque ſermonibus fieri ſolet) dixit alicui: Ego te heredem facio, aut bona mea tibi relinquo, non oportet hoc pro teſtamento obſervari. Nec ullorum magis intereſt, quam ipſorum, quibus id privilegium datum eſt, ejuſmodi exemplum non admitti, alioquin non difficulter poſt mortem alicujus militis teſtes exiſterent, qui affirmarent ſe audiſſe dicentem aliquem, relinquere ſe bona, cui viſum ſit; & per hoc vera judicia ſubverterentur.* Vides, remitti militibus ſolennia teſtamenti, idque unum requiri, ut ſcripto, vel teſtibus conſtet de voluntate. Hinc illud conſequitur, ſi milites per nuncupationem teſtentur, opus eſſe teſtibus ſaltem duobus, *L. ubi numerus* 12. *de teſtib.* : ſi per ſcripturam, nihil eſſe opus teſtibus ; nam non teſtes, ſed *legitimas probationes* exigit Paulus in *L. Lucius* 40. *h. t.* : ſcriptura autem inter legitimas probationes eſt : quo ſenſu ſcribit Leo Nov. XL., teſtamentum militis etiam *nullis adhibitis teſtibus* ratum haberi. Qualiſcumque autem ſcriptura eſt ſatis, etiam ſi miles *ſub ipſo tempore, quo in praelio vitae ſortem derelinquit, literis ſanguine ſuo rutilantibus in vagina, aut clypeo ſcribat* (quo ſcriptionis genere uſos quandoque milites, memini me legiſſe apud Silium Italic. *Lib.* IX.) *aut gladio in pulvere*, L. 15. C. *de teſt. mil.* Id privilegium militibus indultum ait Trib. *pr. h. t. propter nimiam imperitiam eorum*. Hinc Imperatores in (*b*) *Mandatis* verecundiore vo-

(a) Ita *vulgati Libri*. *In L. Divus* 24. *eod.*, *& in Paraphraſi Theophili eſt pro Catilio* Statilius. *Verum is apud Dionem in Hadr.* Catilius *dicitur; eſtque omnino is, qui maternus Marci proavus fuit. Capitolinus in Marc. c.* 1.

(b) *Mandatorum Principalium non rara mentio in Libris juris. Ea erant Principum literae, quibus Rectores Provinciarum, aliive Magiſtratus, officii ſui admonebantur. Habes exempla apud Ulp. in L.* 6. §. 3. *de off. Proc.*, apud

vocabulo *ſimplicitatem* dixere, *d. l. 1. h. t.* Sed vix eſt, ut haec vera ſit ratio iſtius juris; primum enim milites non ſunt minus legum imperiti, quum citra expeditionum neceſſitatem in aedibus ſuis, ſtativiſve degunt, quam quum in expeditionibus occupantur: & illo tamen caſu teſtari debent jure communi, *pr. h. t.*: deinde mulierculae, ac ruſticani homines multo ſimpliciores militibus adhibere ſolennia juris debent: poſtremo etiam non militantium, qui *in hoſtico* ſuprema judicia ſua ordinaverint, ibidemque deceſſerint, teſtamenta valent ſine ſolennibus facta, puta Praeſidum, Legatorum, aliorumve, licet conſultiſſimi ſint juris, quod *eadem pericula experiantur*, ut Ulpianus inquit in *L. un. de bon. poſſ. ex teſt. mil.* (c). Igitur privilegium ſuaſit ratio periculi, in quo milites Reip. cauſſa verſantur: qua etiam ratione *jura maritorum* ab Imp. Claudio militibus data: quo tempore eis juſtae uxores nondum fuerant permiſſae. Dio *Lib. XL.* De hac re v. Heinec. *ad* L. *Jul. & Pap. II*, 7. Redeo nunc ad verba Trajani. Ait is, *Quod & ſine ſcriptura a non militantibus quoque fieri poteſt.* Ergo id quaeſierat Catilius, num valeret teſtamentum militis ſine ſcripto factum. Et valere reſcripſit Trajanus, nam ſi (*d*) *paganis*, h. e. non militantibus licet ſine ſcriptura teſtari, idem multo magis licere militibus debet. Ait, *convocatis ad hoc hominibus*, non quod acciri, ac moneri teſtes neceſſe ſit, ſed quod ita ut plurimum fiat. Et vero teſtibus opus eſt ad teſtamentum militis, quo de ſeria ejus voluntate conſtet, ut inquit ibidem Trajanus: nuſquam autem ſcriptum eſt, teſtes, qui fidei, non ſolennitatis gratia requiruntur, rogari oportere. Quod dictum eſt de tempore expeditionis, Conſtitutione Juſtiniani introductum, ſcribit Trib. *pr. h. t.* Ea eſt in *L.* 17. *C. h. t.* Per Conſtitutiones Juſtinianea antiquiores

Y res

apud Paulum in L. 3., apud Calliſtratum in L. 19. de off. Praeſ., & *apud Plinium Ep. X*, 64. 111. & 112. *Quae Ammiano* commonitoria *dicuntur XXXIII*, 1., *ea nihil ſunt aliud, quam mandata. Eorum capita quaedam a Praeſidibus Provinciarum ſub Edicto proponi, mos fuit*, L. *Divus* 6. *de cuſt. & exhib. reor. Uſum mandatorum inde uſque ab Auguſto introductum teſte Dione* Lib. LIII., *tum diu intermiſſum pulcre reſtituit Juſtinianus Nov. XVII. Mandatorum, niſi ſcripto ſint comprehenſa, nulla vis eſt*, L. 1. C. *de mand. Princ. V. Bulenger. De Imper. Rom.* II, 15.

(c) *Num in d.* L. *un., ut & in* L. *ult. de teſt. mil. legendum ſit* hoſtico, *an* hoſticulo, *quaeſitum eſt. V.* Leonin. Emend. *I*, 15., & *Bynkerſh. Obſ. IV*, 20.

(d) *Pagani dicuntur, qui non militant. In re protrita teſtato non agam. Sed quae vocabuli ratio? Pagani proprie ſunt, qui degunt in pagis: quod vero, ubi urbanos luxuries fregerat, maxime e ruſticis deliciarum ignaris milites legebantur, uti Vegetius tradit de re milit. I*, 3, *qui delectu habito non fuerant militiae adſcripti, ſed degere pergerant in pagis, opponi militibus coepere: tum producta vocabuli ſignificatione exemplo eorum, qui poſt delectum manſerant in pagis, quicumque non militabant, ut ut urbis accolae, pagani dicti ſunt. V. Gaudent. Jurid. expoſ. II*, 43. *Quid quod emeriti in agrum ſecedebant, quo donabantur? V. Lucan. I, v. 344., Juven. Sat. XIV, v. 163., L. item 15. §. 1. de rei vind.*, & L. 3. *C. Th. de veteran., in eamque* J. *Goth.*

Digitized by Google

res licuiſſe militibus toto militiae tempore praeter regulas teſtari, non obſcure tradit Ulp. in *Fragm.* ibid., & in *d. L. 1.*, quibus locis privilegium illud generaliter militiae, non certo militiae tempori datur. Ergo in verbo *expeditionis*, quod occurrit apud Antoninum, & Conſtantinum in *L. 1.* & *15. C. eod.*, Triboniani manum adgnoſce. Juſtinianeae Conſtitutionis conſectarium eſt, quod addit Tribonianus, ſi quis miles citra expeditionis neceſſitatem *in aliis locis*, *vel ſuis ſedibus* degens teſtari velit, pari cum paganis jure cenſeri. De voce *ſedibus* magnae ſunt turbae. Cujacius *Conſult.* 49., & Janus a Coſta in h. l. malunt *aedibus*, ut in *L. ult. C. quib. non objic. long. temp.* legerunt Graeci. At in pleriſque exemplaribus legi *ſedibus*, teſtis eſt Ruſſardus. Certe Latinus Theophili Codex, quo antiquior nullus, habebat *ſedibus*, namque is vertit ἕδραις. Et pulcra eſt conjectura Noodtii *Obſ. II*, *16.*, ſcriptum aliquando de veteri more *ſui Sedibus*, h. e. *ſuis ſedibus*: tum librarios quosdam non advertentes ad majuſculum illud elementum geminationis indicem ſcripſiſſe *ſuis aedibus*. Vocabulo *ſedium* id nos monere voluit Tribonianus, militem in ſtativis ſedentem non poſſe privilegiariam teſtandi rationem tenere, quamvis ſua domo abſit, niſi tempus expeditionis incurrat, contra quam Cujacius putavit; nam privilegium militi datur in expeditione occupato: ſtativa autem expeditio non ſunt: unde Vegetius *De re milit. III*, *3.* militem *in ſedibus ocioſe delicateque viventem* opponit militi, qui *expeditione* eſt. V. J. Gothofredum in *L. 2. C. Th. de domeſt.*

§. III. Dictorum conſectaneum eſt, milites extra caſtra, h. e. extra expeditionem, & veteranos poſt miſſionem teſtari debere jure communi, *§. 3. h. t.* Veterani quandoque ſunt, quos Latini *veteres milites* vocant, ac tironibus opponunt: quandoque ſunt militia ſoluti: horumque genus duplex aevo Auguſti, unum eorum, qui proprie *miſſi*, alterum eorum, qui proprie dicebantur *exauctorati*. Dabatur miſſio vicena ſtipendia meritis: exauctorabantur, qui ſenadena feciſſent. Miſſi domum, aut in colonias abibant: exauctorati retinebantur ſub vexillo caeterorum immunes, niſi propulſandi hoſtis. Tacit. *Annal. I*, *36.* Sed & hi pro dimiſſis habiti: unde Tacitus *Annal. I*, *17.*, *ne dimiſſis quidem* ait *finem eſſe militiae, ſed apud vexillum retineri alio vocabulo*, i. e. vocabulo veteranorum, ſeu vexillariorum, non legionariorum, uti recte Lipſius in eum loc. Jam quoniam periculi ratio privilegiaria militum teſtamenta induxit, τὸ *poſt miſſionem* in *d. §. 3.* accipiendum eſt de miſſione vera, quae militem eximit omni periculo, non de exauctoratione, quae illum retinet adhuc ſub vexillo. Quod ſi miles non dum dimiſſus militari jure teſtetur, tum intra annum, quam miſſus eſt, decedat, ejus teſtamentum valet, etiamſi poſt annum extiterit conditio inſtitutionis, *d. §. 3.*, & *L. quod dicitur 38. h. t.*: quo a milite diſtat non miles, qui in hoſtico teſtatur: hujus enim teſtamentum ita demum valet, ſi illic decedat, *L. ult. de teſt. mil.*, & *L. un. de bon. poſſ. ex teſt. mil.* Regulariter privilegia iis indulta, qui Reip. cauſſa abſunt, intra annum a reditu durant, *§. 2. de exc. tut. Lib. I.*: & quum ſemel conditio extitit, perinde habetur, ac ſi illo tempore, quo acta res eſt, ſine conditione facta eſſet, *L. potior 11. §. 1. qui pot. in pign.*, &

L.

L. ſi pupillus 26. *de condit. inſt.* Sed militem miſſione honeſta, vel cauſſaria fuiſſe miſſum, eſt opus, *L. teſtamenta* 26. *h. t.*: honeſta, quae emeritis ſtipendiis, h. e. tempore militiae impleto datur: cauſſaria, quae propter animi aut corporis vitium laboribus militiae militem ſolvit, *L. quod ait* 2. §. 2. *de his, qui not. inf.*, & *L. milites* 13. §. 3. *de re milit.* Si quis vero turpi miſſione ſit miſſus, h. e. propter delictum ſacramento ſolutus, *d. L.* 13. §. 3., ejus teſtamentum ſtatim deſinit militari jure valere, *d. L.* 26. Iſtius miſſionis formulam habes apud Hirtium *De bel. Afric. c.* 54.

§. IV. Jam conſtare de voluntate militis poteſt non ſolum verbis, ſed etiam factis: ut ecce, ſi quis ante militiam non jure fecit teſtamentum: tum miles factus & in expeditione degens *reſignavit illud*, (§. 4. *h. t.*) i. e. inciſas lectaſque tabulas rurſus ſuo ſigno ſignavit, *L. Tribunus* 20. §. 1. *h. t.*: aut quaedam adjecit, ſive *detraxit* (*d.* §. 4.) veluti *perducendo* (*d. L.* 20. §. 1.) h. t. litura per medium traducta delendo: aut alias *manifeſtum* fecit, velle ſe, teſtamentum valere; non eſt dubitandum, quin valeat *quaſi ex nova militis voluntate*, *d.* §. 4. Tribonianus *manifeſtam* militis voluntatem repoſcit. Contra D. Pius tantum eo contentus eſt, ut *militis voluntas contraria non ſit*: quibus verbis D. Pii ſententiam proponit Ulpianus in *L. in fraudem* 15. §. 2. *eod.* Sed certe Ulpianus plus ſenſit, quam ſcripſit. Ipſi ſui interpres eſt in *L. idemque* 9. §. 1., *Ut eſt reſcriptum a D. Pio in eo, qui quum eſſet paganus, fecit teſtamentum: mox militare coepit; nam hoc quoque jure militari incipiet valere*, SI HOC MALUIT *miles*.

§. II. & V. Ad ea, quae dicta ſunt, alia duo privilegia accedunt. Alterum eſt, poſſe mutum & ſurdum militem facere teſtamentum, §. 2. *h. t.*: quod vide ne accipias de eo, qui natura mutus & ſurdus eſt. Tantum abeſt, ut is poſſit in numeros referri, ut ſi quis jam miles morbo vitiove mutus & ſurdus eſſe coeperit, eum cauſſaria mitti, neceſſe ſit, *L. jure* 4. *h. t.* Igitur Triboniani ſententia ea eſt, quam multo enucleatius proponit Ulp. *d. L.* 4., eum, qui jam miles eo morbo vitiove coepit teneri, non dum tamen cauſſaria eſt miſſus, & adhuc in numeris manet, poſſe teſtari. Sed iſtius privilegii alia olim ratio erat, quam nunc eſt. Ante Juſtinianum idem poterant pagani, ſi aut tantum muti, aut tantum ſurdi eſſent, factionemque teſtamenti a Principe impetrarent in ſingulas vices, *L. ſi mutus* 7. *qui teſt. fac.*: milites vero muti ſimul & ſurdi recte teſtabantur *jure militari*, uti loquitur *d. L.* 4., h. e. ex privilegio militiae in univerſum conceſſo. Poſt Juſtinianum pagani ſi aut alterutro morbo caſu vel (*e*) natura laborent, aut utroque tantum caſu, facere teſtamentum poſſunt: tantum ſurdi voce ſcriptove, tantum muti, vel muti ſimul & ſurdi, tantum ſcripto: nec ſpeciali Principis beneficio opus habent: ſolum iis, qui muti ac ſurdi ſunt a natura, teſtari eſt interdictum, *L.* 10. *C. qui teſt. fac.* Igitur jure novo militis muti & ſurdi cauſſa eo eſt melior, quod, ſi literas neſciat, teſtari poſſit per notas, quae ejus animum certo prodant. Quod ſi quis velit ita ſtatuere de hac

(e) *Sunt qui dubitant, num verum ſit, poſſe aliquos naſci mutos tantum, aut tantum ſurdos. V. Ferand. Adduenſ. Explicat. II*, 12.

Digitized by Google

re, Tribonianum, quum hunc §. deſcribebat e Commentariis veteris cujusdam Juriſconſulti, novae Conſtitutionis memoriam defeciſſe, non intercedam. Alterum privilegium eſt, ſi miles, pater filiuſve familias *de caſtrenſibus rebus dumtaxat* teſtatus adrogandum ſe dederit, aut emancipatus, datuſve in adoptionem ſit a patre ſuo, ejus teſtementum valere *quaſi ex nova militis voluntate*: quum ex diverſo pagani teſtamentum adrogatione, quae capitis minutio eſt, irritum fiat, §. 5. *h t.*, L. *miles* 22., & L. 23. *de teſt. mil.* Militem de caſtrenſi dumtaxat peculio teſtatum pone cum Tertylliano in *d.* L. 23.; nam non de alia re teſtari filiusfam. poteſt: pater autem familias ſi de re alia teſtetur, ejus teſtamentum adrogatione infirmatur. Vere monet hic A. Matthaeus, falſum eſſe, quod dicitur de milite filiofam. poſt teſtamentum emancipato; miles enim quantum ad teſtamenti factionem emancipatione ſtatum non mutat, quum vel ante illam in rebus caſtrenſibus pro patrefam. ſit, L. *uſque* 2. *de S. C. Maced.* Ergo teſtamentum non quaſi ex nova militis voluntate, ſed ſuis viribus conſiſtit. Idem eſt, ſi miles filiusfam. a patre ſuo in adoptionem ſit datus.

§. VI. Hic §. explicabitur *pr. tit. ſeq.*

TITULUS XII.

Quibus non eſt permiſſum facere teſtamentum.

PR. Tit. junct. §. VI. Tit. praeced. Romae teſtandi jus patrifam. datum Lege 12. Tab. (*a*): eſt autem paterfam. ſui juris homo: & porro eum eſſe liberum ac civem neceſſe eſt. Ergo nec filiifam., nec ſervi factionem teſtamenti habent jure Civili. Filiofam., & ſervo id olim erat commune, quod nihil ſuum uterque haberet, ut de eo poſſent teſtari. Id in cauſſa fuiſſe, cur filiofam. teſtamento fuerit interdictum, docet Ulp. *Fragm.* XX, 10. Et vero Lex XII. Tab. patrifam. de *re ſua* teſtandi fecerat poteſtatem. Sed non hoc uno interdictum filiofam. eſt facere teſtamentum, nequit enim teſtari de adventitiis, quae poſt Conſtitutionem Juſtiniani in L. 6. *C. de bon. quae lib.* omnia ejus ſunt. Altera, & quidem ſumma interdicti ratio haec fuit, quod princeps familiae non eſſet: quo factum, ut poſtquam ei licere coepit per Conſtitutiones de caſtrenſi, & quaſi caſtrenſi peculio teſtari, id perinde acceperint Juriſconſulti, quaſi illae in utroque peculio qualitatem ei dederint patrisfam. L. *uſque* 2. *de C. C. Maced.* Heineccii conjectura eſt *Antiq.* II, 9., primum ab Julio Caeſare jus de caſtrenſi peculio teſtandi filiofam. conceſſum, quo tempore militibus liberam teſtamenti factionem ab eo datam, inquit Ulp. *L.* 1. *de teſt. mil.*: quod ego falſum reor. Julius Caeſar, quantum conjicere licet ex ejuſdem Ulpiani loco, obſervatione ſolennium milites ſolvit: militibus filiisfam. de caſtrenſi peculio teſtandi poteſtatem non dedit. Hanc illis primum dediſſe Auguſtum, auctor eſt idem Ulp.

(a) *Athenis vero etiam patrifam., ſi liberos haberet, negatum* Lege Solonis, *de qua Meurſius Them. Att.* II, 13.

Digitized by Google

Ulp. (*b*) *Frag.* XX. 10. Inſtitutum Auguſti confirmarunt exinde Nerva, & mox (*c*) *optimus* Imp. Trajanus: poſtremo illud Hadriani (*d*) *ſubſcriptio* etiam ad veteranos, i. e. militia dimiſſos produxit, *pr. h. i.* Itaque ſi teſtati deceſſerint, caſtrenſe peculium ad heredes teſtamento ſcriptos: ſi inteſtati, nullis liberis vel fratribus ſuperſtitibus, ad parentes eorum pertinet *jure communi d. pr.* Quid eſt autem hoc loco *commune jus*? Eſt hic, ut alias, jus Civile: monetque hic locus, filiisfam. inteſtato mortuis, caſtrenſe peculium primo loco liberis, ſecundo fratribus ac ſororibus: tertio parentibus quaſi hereditatem omnino adeundam deferri, abrogato jure veteri, quo illud non tum, quum filius inteſtato moreretur, quaſi hereditas patri obvenire, ſed quaſi nunquam a patre profectum retineri credebatur, L. 2. 9. & 14. *de caſtr. pec.* Cujacius, qui commune jus interpretatur *patrium* ſeu *peculii jus*, eam Triboniano ſententiam affingit, qua, poſtquam jure Codicis in *L. ult. C. comm. de ſucceſſ.* ne ipſa quidem adventitia filiorum bona, in quae plus juris, quam in caſtrenſia parentes habent, jure peculii redeunt ad patres, nulla eſt abſurdior poteſt. Jure noviſſimo parentes cum fratribus concurrunt, *Nov.* 118. *c.* 2. Exemplo peculii caſtrenſis, tam *anteriores Leges*, quam *Principales Conſtitutiones quibusdam* filiorumfam. *quaſi caſtrenſia dediſſe peculia*, ſcribit Tribonianus in §. 6. ſup. *de milit. teſt.* Leges Principalibus Conſtitutionibus anteriores non ſunt Leges ante occupatam a Caeſaribus Remp. ad populum perlatae; numnam enim credibile eſt, Tribonianum juris iſtius originem repetiiſſe inde ab eo tempore, quo ne ipſum quidem caſtrenſe peculium fuerat inſtitutum? Recte Cujacius *Leges* illas *anteriores* interpretatur jus Pandectarum in *L.* 1. §. 6. *ad Trebel.*, L. *bona* 3. §. 5. *de bon. poſſ.*, *L.* 1. §. 15. *de collat.*, & *L. filiusfam.* 7. §. *ult. de donat.*: quod jus ex antiquioribus Principum Conſtitutionibus eſt: *Principales* autem *Conſtitutiones* jus Codicis, quo continentur recentiorum Principum Conſtitutiones. Hae ſunt *L.* 7. *C. de adſeſſ.*, *L.* 4. *C. de advoc. div. jud.*, L. un. *C. de caſtr. omn. palat. pec.*, & *L. ult. C. de caſtr. pec. Lib. XII*, Ait. Trib., *quibuſdam*. Ego non quidquid cuivis filioſam. ex cujuſcumque liberalis artis profeſſione, aut cujuslibet publici officii adminiſtratione obveniebat, id ejus proprium erat jure peculii quaſi caſtrenſis. Teſtis eſt Juſtinianus in *L. ult. C. de inoff.*, quaſi caſtrenſe peculium habuiſſe Conſules, Proconſules, Legatos, Praeſides Provinciarum, alioſque parilis, ſuppariſve dignitatis

(b) *Apud Ulp. eſt* Auguſtus Marcus. *Numnam igitur primum ab Imp. Marco Antonino teſtamenti factio filiisfam. data? Fabulae. Ergo τὸ* Marcus *inſititium eſt, &, quod jam ante Cujacius fecit, inducendum. Galvano, qui De Uſufr. IX, 6. reponit* Magnus, *obſtat adgnominis inſolentia. Antonino Baſſiano ſive Caracallae, aliiſque Imperatoribus illud attributum ſcimus, non item Auguſto. Schulting. in Ulp. l. c.*

(c) Optimi *titulum Trajano decrevit Senatus. Plin. Paneg. c.* 88. *Hinc in Senatu Principibus adclamatum ea formula*, Felicior Auguſto, melior ſis Trajano. *Joh. Sariſberiens. Policrat. V*, 8.

(d) *Saepe Imperatores oblatis ſibi libellis ſubſcribendo jus faciebant*, L. 1. §. 1. *de conſt. Princ.*

Digitized by Google

tatis viros (de quibus actum in *anterioribus Legibus*, ex eo conjicio, quod Lex nulla Codicis Juſtinianei de iis nominatim loquatur) porro cauſſarum patronos, viros memoriales, agentes in rebus, ſtudiorum liberalium magiſtros, archiatros, alioſque ſimiles, quibus ſalaria publice erant conſtituta: quo ſpectaſſe *Principales Conſtitutiones*, i. e. Conſtantini, recentiorumque Principum Leges, argumento ſunt mihi ſupraſcripta Codicis loca. Et vero Conſtantinus in *d. L. un.* palatinis omnibus, quorum numero fuiſſe conſtat viros memoriales, agenteſque in rebus, peculii quaſi caſtrenſis privilegium conceſſit: adſeſſoribus, advocatis ac Praefectianis, i. e. Praefecti Praetorio apparitoribus. Theodoſius Junior *d. L.* 7., *d. L.* 4., ac *d. L. ult.*: alii aliis ante tempora Juſtiniani. V. J. Goth. in L. 3. *C. Th. de poſtul.* Jam vero ſubdit Trib. *d.* §. *ult.*, *horum quibuſdam permiſſum fuiſſe etiam in poteſtate degentibus teſtari*. Igitur non omnibus, qui praerogativam habebant peculii quaſi caſtrenſis, jus item poteſtaſque erat teſtandi de eo. Praerogativa illa in hoc erat poſita, ut plenam haberent ejus peculii proprietatem, nihil ſibi metuentes a patre, creditoribuſve paternis: de eo mortis, aut non mortis cauſſa ſtatuerent pro arbitratu: illudque poſt patris obitum fratribus non conferrent exemplo peculii caſtrenſis, *d. pr. h. t.*, *d. L.* 7. §. *ult. de don.*, *d. L.* 1. §. 15. *de collat.* Ut teſtari itidem poſſent, certa Lege opus erat, quae ejus rei faceret poteſtatem. Hanc autem iis tantum Lex fecerat, quos *anterioribus Legibus* comprehenſos, modo dixi, non aliis. Sed tandem omnibus, qui quaſi caſtrenſe peculium haberent, factionem teſtamenti permiſit Juſtinianus, *d. L. ult. C. de inoff.* Ergo praeter eos, qui caſtrenſe peculium, vel quaſi caſtrenſe habent, ſi quis alius filiusfam. teſtamentum fecerit, inutile eſt, quamvis id ei pater permittat, *d. pr.*, & *L. qui in poteſtate* 6. *D. qui teſt. fac.*, nam teſtamenti factio publici, non privati juris eſt, L. 3. *eod.* Idem jus eſt de ſervis. Teſtamenta, quae Plinius *Ep. VIII*, 16. fieri permittebat a ſervis ſuis, factaque ut legitima cuſtodiebat, non jure & extra domum valebant, ſed nuda domini indulgentia & *dumtaxat intra domum, quae ſervis reſp. quaedam, & quaſi civitas eſt*: unde ea Plinius *quaſi teſtamenta* appellat.

§. I. & II. Porro ſunt, quos animi, corporiſve vitium vetat teſtari. Animi vitio prohibentur impuberes, furioſi, prodigi. Impuberes *nullum*, uti loquitur Trib. §. 1. *h t.*, vel, uti rectius Ulp. *Frag. XX*, 12., *nondum plenum* animi judicium habent: nec juris, utilitatiſve pupilli ratio poteſt pati, ut teſtamentum, quod *voluntatis NOSTRAE ſententia* eſt, *L.* 1. *qui teſt. fac.*, auctoritati, atque arbitrio tutoris permittatur: quod adeo verum eſt, ut quamvis in multis cauſſis eodem jure cenſeantur pubertati proximi, & puberes; in hac tamen cauſſa annum XIV. in maſculis, XII. in feminis compleri neceſſe ſit, *L. a qua* 5. *eod.* Furioſi prorſus *carent mente*, *d.* §. 1.: quo verbo monemur, hoc loco appellatione furioſorum contineri etiam dementes, licet alias ſeparentur a furioſis: qua de re v. Briſſon. *De V. S. v. dementes*. Furioſorum illud eſt proprium, quod plerumque habent intermiſſionem: quo tempore nihil obſtat, quominus teſtentur, *d.* §. 1., & *L.* 9. *C. h. t.* Prodigi, poſtquam eis re, commer-

mercioque interdictum eſt, datuſque invitis curator, habentur pro furioſis, horumque exitum facere dicimur, L. *his* 12. §. 2. *de tut. & cur.* Dixi, *invitis*, ut intelligas, quae ſit ratio, cur non item teſtari prohibeantur minores, quibus, ut prodigis, interdicitur bonis. Minores non inviti, prodigi omnino inviti accipiunt curatores: cujus diſcriminis ratio ex eo petenda eſt, quod Lex melius de mente minoris, quam de mente prodigi praeſumat: unde hic *nequam* dictus in veteri interdictionis formula, quam dedi *Lib. I. p.* 152.

§. III. & IV. Corporis vitio *non ſemper* facere teſtamentum poſſunt ſurdus, & mutus, §. 3. *h. t.* Surdus eſt hic, qui prorſus non audit, mutus, qui nihil poteſt loqui. Surdaſter & attubus huc non pertinent: Hi teſtamentum facere, ut alia, recte poſſunt. Tò *non ſemper* ſpectat ad novum jus Imp. Juſtiniani in L. 10. *C. qui teſt. fac.* Olim in teſtamento per aes & libram debebat teſtator formulam mancipationis recitare, & nuncupationis verba loqui: verbaque familiae emtoris exandire. Ulp. *Frag. XX*, 13. Porro accire ac rogare teſtes debebat, & audire ſibi teſtimonium perhibentes, uti Paulus inquit *Sent. III*, 4. 4.: quod utrumque etiam ſublata mancipatione fieri oportuiſſe, docet Cujacius in Paul. l. c. At verò Juſtinianus *in d. L.* 10. quibuſdam mutis & ſurdis factionem teſtamenti dedit ſecundum ea, quae dicta ſunt in §. 2. *de milit. teſt.* De teſtamento caeci ne ambigas. Is teſtari olim poterat, & nunc poteſt. Ante Juſtinum, quem Tribonianus §. 4. *h. t.* Juſtiniani *patrem*, ſubaudi, adoptivum appellat, nullum de teſtamento caeci ſingulare jus erat: quod vero teſtatore caeco facile poteſt incurrere ſuſpicio fraudis, ſingularia quaedam a Juſtino ſunt cauta in L. 8. *C. h. t.*, quae probantur *d.* §. 4. Sunt autem haec. Caecus ſive morbo vitiove, ſive natura teſtamentum facere per nuncupationem debet, myſticum non poteſt. Ergo heredes palam nuncupabit, expreſſis non ſolum nominibus, ſed & aliis certis indiciis, ne quid ambiguitatis incurrat: caetera ſubinde edicat. Sicubi copia eſt tabularii, hunc ille adhibebit tanquam teſtem ſupernumerarium: ſicubi non eſt, octavum teſtem. Porro ſive tabularius, ſive octavus teſtis ea omnia aut a teſtatore ipſo palam dictata exſcribet, aut ab alio ante ſcripta palam recitabit. Poſtremo omnium ſubſcriptiones, & conſignationes accedent.

§. V. h. t. junct. Pr. §. I. & III. eod. Ubi autem de vi teſtamenti quaeritur, ad tempus teſtamenti ſpectandum eſt. Si teſtator eo tempore factionem teſtamenti non habebat, teſtamentum non valet: nec quod poſtea coeperit habere, id poteſt facere, ut convaleſcat. Ergo filiorumfam., impuberum, furioſorum, captivorumve teſtamenta initio nulla, ne tunc quidem incipient valere, quum illi patresfam., puberes, compoteſve mentis ſunt facti, aut in patriam rediere, *pr.*, §. 1., & 5. *h. t.* Pertinet huc regula, ſeu ſententia illa juris, quae a M. Porcio Catone Catonis majoris filio nomen invenit, quod ab initio non valet, tractu temporis convaleſcere non poſſe, L. 1. ac *tot. tit. D. de reg. Catoniana*. Sed non e contrario quae teſtamenta initio valent, ea valere deſinent in univerſum, ſi tum coeperit teſtator non poſſe teſtari; intereſt enim, num is non poſſe coeperit ob aliquam capitis diminutionem, veluti, ſi poſt teſtamentum

ad-

adrogetur, deportetur, aut fiat captivus: aut ob aliquid aliud, quod ſtatum non mutat, veluti, ſi poſt teſtamentum furere incipiat, aut mutus & ſurdus eſſe. Poſteriore hoc caſu teſtamentum perget valere, *d.* §. 1. & §. 3. *h. t.*: priore illo irritum fiet: qua de re *h. eod. Lib. tit. XVII.* Unum id moneo hoc loco, ſi quis in civitate teſtatus in poteſtatem hoſtium pervenerit, ejus teſtamentum valere beneficio poſtliminii, ſi redierit: beneficio Legis Corneliae, ſi deceſſerit apud hoſtes, *d.* §. 5. De utroque beneficio actum *Lib.* I. *p.* 116.

TITULUS XIII.

De exheredatione liberorum.

PR. Tit. uſque ad §. IV. Liberi teſtatoris, ſi ſui ſint, proprie dicuntur *exheredari*, ſunt enim, antequam inſtituantur, jure ipſo heredes: qua de re alibi multa. Extranei tum demum dicuntur exheredari, quum ante heredes ſcripti, mox, ſi quid factum, aut non factum erit, exheredes fiant, ut in L. *Sejus* 27. *ad L. Falc.* Jure Civili debet teſtator liberos in poteſtate conſtitutos, & gradu proximos vel heredes ſcribere, vel nominatim exheredes: praeterire ſalvo teſtamento non poteſt, adeo ut quamvis filiusfam. praeteritus teſtatori praemoriatur, nihilominus inutile ſit teſtamentum ob regulam Catonianam, *pr. h. t.*, & L. *inter* 30. *de lib. & poſt.* Nominatim exheredatur non ſolum is, cujus nomen teſtamento adſcribitur, ſed & is, quem non adſcripto nomine ſtudia, aetas, color, aliaeve quaevis certae notae produnt, ipſum etiam commune *filii* nomen, ſi modo unicus ſit, *L.* 1. 2. & 3. *eod.* (*a*). Verum eſt in hac re ſeparandum jus vetus a novo. Jure veteri multum intererat inter mares, & feminas, inter filios, & liberos, inter jam natos, & poſtumos. Propoſita modo juris ſententia tantum mares, & filios primi gradus, & jam natos ſpectabat. Filias, alioſque liberos utriuſque ſexus per virilem ſexum deſcendentes nihil erat neceſſe nominatim exheredari, ſed ſatis erat exheredari *inter caeteros*, puta ea formula, *Caeteri exheredes ſunto*: praeteriti vero, praeteritaeve ſalvo teſtamento ſcriptis heredibus adcreſcebant, ſuis quidem in partem virilem, extraneis in dimidiam. Ulp. *Fragm.* XXII, 17., Paul. *Sent.* III, 4. Ac de filiabus, aliiſque liberis tempore teſtamenti jam natis ita jus erat: de exheredatione, ac praeteritione poſtumorum, poſtumarumve jure antiquo cauta fuere haec. Poſtumi nullo ſexus diſcrimine aut inſtituendi heredes erant, aut exheredandi; ſed poſtumi tamen ſequioris ſexus exheredari poterant *inter caeteros*, modo legaretur eis aliquid, ne alioqui teſtator eos praeteriiſſe videretur: maſculi vero, i. e. *filii*, & *deinceps*, non aliter, quam nominatim hoc modo, *Quicumque mihi filius genitus fuerit, exheres eſto*: ſicque de maſculis placuiſſe ait Trib. §. 1. *h. t.* Legatum illud *non honeſtum, ſed ad ignominiam adſcriptum* dicit

(a) *Mos fuit Romanis liberos cum convicio exheredare in hunc modum, Filius meus* non nominandus, *vel* non filius meus, latro, gladiator *exheres eſto*, *d.* L. 3.

Digitized by Google

cit Apulejus in *Apolog.* Heredem ſcribi, honorificum: unde *honor hereditatis* apud Auctorem Declamationum *Decl.* CCCXXXIII., & Val. Max. *VII*, 7. *pr.* Nec heredi ſolum, ſed etiam legatario honos habetur, L. *fideicommiſſa* 11. §. 2. *de leg.* 3. Uterque *teſtamento honorari* dicitur in antiquis titulis apud Forner. *Select.* I, 19., & Fabrett. *Inſcr.* III, 222. Contra exheredem ſcribi, turpe atque injurioſum, L. 4. & 8. *de inoff.* Val. Max. *VII*, 8. 9. In ſupraſcripta exheredationis formula τὸ *deinceps* ſpectat ad caeteros maſculos poſtumos praeter filium. At hos tamen pari cum feminis poſtumis jure cenſet Ulpianus §. 22. Vero, ſed Tribonianus de iis eſt accipiendus, qui ſui naſcuntur: Ulpianus de iis, qui naſcuntur non ſui. Facit huc alter Ulpiani locus in L. *ſi quis* 6. *eod.* Verbum *placuit* nota eſt controverſiae Principali aliqua Conſtitutione diremtae. Et primum quidem vel ipſos filios jam natos exheredari inter caeteros licuit, *L. ult. C. de lib. praet.*: tum facta eorum nominatim exheredandorum neceſſitate dubitari coeptum, num etiam poſtumos virilis ſexus nominatim exheredari oporteret: donec D. Marcus decrevit idem in poſtumo, quod in filio ſervandum, *L. poſtumi* 3. §. 3. *de injuſt. rupt.*: quae conjectura eſt Jani a Coſta in h. l. Et quamquam Ulpianus *d.* §. 3. in alium finem meminerit Decreti D. Marci, tamen & generalia Decreti verba, & quae idem Ulpianus habet *pr. d.* L. 3., conjecturam illam praeclare confirmant. Praeteritis autem poſtumis cujuſcumque ſexus & gradus teſtamentum valebat, ſed tum eorum adgnatione, aut ſucceſſione in locum ſui heredis rumpebatur, contra quam fuerat de jam natorum praeteritione conſtitutum, *d.* §. 1. Cur tam varie? Quia Juriſconſulti de parentum voluntate in liberos quam optime ſentiendum rati praeteritionem poſtumorum magis ignorantiae aut oblivioni, quam male irato animo tribuendam judicarunt. Jam poſtumorum multiplex genus. proprie vocantur poſtumi, qui poſt mortem patrum naſcuntur, *L. poſtumi* 3. §. 1. *de injuſt. rupt.* Hoc ſenſu uſos ea voce Romanos, auctor eſt Plutarchus in *Sylla*. Sed inde uſque a temporibus L. Cornelii Syllae coeperunt pro poſtumis haberi, qui proprie poſtumi non erant. Et primum quidem per Legem Corneliam, quae de confirmandis teſtamentis ante captivitatem factis eſt lata, captivo patre nati pro poſtumis habiti, quaſi pater ante captivitatem deceſſiſſet in civitate, L. *qui uxorem* 15. *eod.* De Cornelianis iſtis poſtumis v. Cujac. in L. *Lege Cornelia* 12. *D. qui teſt. fac.*, & Fabr. *Conject.* X, 9. & 10. Tum Aquilius Ciceroni aequalis novum inſtituit genus poſtumorum. Ante Aquilium de iis tantum poſtumis actum, qui ſi fuiſſent aut tempore teſtamenti, aut ipſo captivitatis momento nati, fuiſſent ſui. Quod vero poterat evenire, ut qui tempore teſtamenti erant non ſui, mox ſui naſcerentur, ſicque rumperent teſtamentum, Gallus teſtamento conſuluit hac formula, *Si filius meus vivo me morietur, tunc ſi quis mihi ex eo nepos, ſive quae neptis poſt mortem meam in* (b) *decem menſibus proximis*, qui-

(b) *Decimi menſis tanquam temporis, quo partiones mulierum ſecundum naturam ut plurimum fiunt, non rara eſt mentio in Libris juris. V. L. ult. de fideic. lib., & L. ult. C. de poſt. her. inſt. Decemvirale jus laudat* ad

Digitized by Google

quibus filius meus moreretur, *natus natave erit*, *heredes ſunto*, *L. Gallus* 29. *pr. de lib. & poſt.* Ita Aquiliani ſunt nepotes neptesſve ex filio tempore teſtamenti jam concepti conceptaeve (qui enim alias poſſent intra decimum menſem naſci?) ac poſt patrem vivo avo mortuum, poſtque ipſius avi obitum nati, nataeve. Sed caſus aliquot ab Aquilio omiſſos ſupplevit Lex Junia Velleja, cujus auctores fortaſſe (*c*) Junius Silanus, & Vellejus Tutor Coſſ. an. U. ƆCCLXIII, quibus iiſdem Coſſ. S. C. Vellejanum eſt factum, *L.* 2. §. 1. *ad S. C. Vell.* Et vero poterat contingere, ut nepos poſt avi teſtamentum mortuo patre, ſed vivo avo naſceretur ſuus: poterat item contingere, ut nepos natus tempore teſtamenti avi, quo tempore pater eum gradu praecedebat, mox moriente patre, aliove quovis modo de poteſtate avi exeunte, in ſui heredis locum ſuccederet. Utroque caſu rumpebatur teſtamentum: quod ne fieret, nepotem permiſit L. Velleja in utrumque caſum ſcribi heredem, exheredemve. Ejus Legis duo pro duplici eo caſu fuere Capita, quae evarrat Scaevola in *d.* L. 29. §. 11. & *ſeq.* Sed & poſt L. Vellejam incidere poterat caſus, quo Lex deficiebat; ſi enim poſt avi teſtamentum vivis avo, ac patre nepos naſcebatur non ſuus, tum patre mortuo ſuccedebat in locum ſui, ad nepotem iſtum nec primum, nec ſecundum Caput Legis Vellejae pertinere videbatur: non primum, quia vivo quidem avo naſcebatur, non tamen ſuus: non ſecundum, quia non erat tempore teſtamenti natus. At ne rumperetur teſtamentum, iſtius etiam nepotis inſtitutionem admiſit Julianus, quaſi commixtis Capitibus Legis Vellejae, *d. L.* 29. §. 15. Multo plura de poſtumis iſtis ſive Aquilianis, ſive Vellejanis, ſive Julianeis (ita enim dictitantur) v. apud interpretes *d. L.* 29., maxime apud A. Fabrum *Conject. Lib. IX*, ac *X.* Ex dictis confice definitionem, quae cujusvis generis poſtumos complectatur. Poſtumus eſt, qui poſt teſtamentum jus ſui heredis eſt nactus. Confice etiam, non eſſe ſcribendum *poſthumus*, quaſi ſit, qui poſt humatum patrem eſt natus, ut viſum Roberto, ſed *poſtumus*, h. e. poſtremus, quo ſenſu *ſpem poſtumam* dixit Apulejus, quia poſtumus eſt, qui poſtremus omnium naſcitur, quae Cujacii ſententia fuit. V. Roberti, & Cujacii *Controv. II.*, 1. & 2. Ita in voce *poſtumus* prima tantum ſyllaba eſt adnotanda, ut in *citumus*, & *extumus*. Grot. *Flor. ſparſ. ad tit. Inſt. qui teſt. tut. Lib. I.* Dicta hactenus de neceſſaria liberorum inſtitutione, aut exheredatione pertinebant ad ſuos ſive naturales, ſive adoptivos, §. 3. & 4. *h. t.* Emancipatos, datosſve in adoptionem, quod familiam mutarunt, praeteriri Civile jus patitur ſalvo teſtamento. Quoniam autem ſuorum, atque emancipatorum differentia nulla

eſt

ad eandem ſententiam Gellius Noct. III., 16. *Hinc annus feminis ad lugendum conſtitutus non de duodecim*, *ſed de decem tantummodo menſibus acceptus eſt*, *uti pulcre Raevardus Var. I*, 20. *De partu decimeſtri v. Fabrot. Exerc. De temp. hum. part.*, *& Caranz. De part. nat. c. XIII.*

(c) *Scribendum* Junia, *ut in* L. 10. §. 2. *de teſt. tut.*, *&* L. 13. *de injuſt. rupt.*, *non* Julia, *ut in Fragm. Ulp. XXII*, 19., *in* §. 2. *h. t.*, *& apud Theophilum hic*. *Porro non* Vellea, *ſed* Velleja *ſcribendum*, *gentis Vellejae argumento docet A. Auguſtinus De nom. propr. Pand. c. IV.*

Digitized by Google

eſt jure naturae, hinc motus Praetor quum ſuos, tum emancipatos, ſi heredes non inſtituantur, exheredari jubet, virilis ſexus nominatim, feminini *& inter caeteros*, h. e. *vel nominatim*, *vel inter caeteros*, uti ſcribit Theophilus, quae vis eſt τῶ & male a librariis bene multis omiſſi: praeteritis autem reſciſſa capitis deminutione (*L. ſed quum* 6. §. 1. *de bon. poſſ.*) contra tabulas teſtamenti bonorum poſſeſſionem (d) *promittit*, *d.* §. 3., *L. non tantum 3. de bon. poſſ. contr. tab.* Quod vero per eam poſſeſſionem defunctorum judicia reſcinduntur, *L.* 1. *de leg. praeſt.* : reſcindi autem id proprie dicitur, quod ipſo jure ſubſiſtit, *L.* 3. *C. de repud.* (e), patet, teſtamentum emancipato praeterito etiam jure Praetorio valere. Poſſeſſionem iſtam pollicetur Praetor emancipatis a parente naturali, non item iis, quos emancipavit, ac tum praeteriit adoptivus; namque hi nec jure Civili, neque Edicto Praetoris inter liberos ſunt, *d.* §. 4., & *L. in omni* 13. *de adopt.* Quos autem ab adoptivo emancipatos naturalis parens praeteriit, iis non denegat Praetor bonorum poſſeſſionem, quaſi a patre naturali emancipatis, nec unquam datis in adoptionem, *d.* §. 4.; modo emancipati ſint vivo adhuc patre naturali, §. 12. *de her. quae ab int. Lib.* III. Quod ſi tempore mortis hujus nondum diſſoluta adoptio ſit, eos a patre naturali praeteritos Praetor non tuetur; quum enim jura ſuorum habeant in familia adoptivi, durum non eſt, eos, quod ad naturalem parentem attinet, pro extraneis haberi, *d.* §. 4. Quod de M. Annei filio ſcriptum eſt apud Val. Max. *VII*, 7. 2., eum a Suffenate avunculo ſuo adoptatum teſtamentum naturalis patris, quo praeteritus erat, apud Centumviros reſcidiſſe, magnum exemplum eſt editum contra leges: legibus autem, non exemplis eſt judicandum. Tentare illud poteris, eo tempore nullum de ea re jus certum fuiſſe. Moveor iis, quae ſequuntur apud Val. Maximum, *etſi aliquantulum adjuvabat heredes* (teſtamento ſcriptos) *quod filius* (praeteritus) *in Suffenatis familiam ac ſacra tranſierat*. Numnam enim dixiſſet Val. Maximus, filii tranſitu in alienam familiam *aliquantulum* adjutos heredes, qui jure certo adjuvabantur? Τὸ *aliquantulum* juris controverſi indicium facit.

§. V. Tandem quidquid erat differentiae in ſexu, in gradu, in tempore naſcendi, ſuſtulit Juſtinianus in *L. ult. C. de lib. praeter.* Ergo jure novo heredes ſcribi, aut nominatim exheredari neceſſe eſt quum mares, tum feminas (namque & uterque ſexus *in hominum procreatione ſimili naturae officio fungitur* : & utrique hereditatem, bonorumque poſſeſſionem ab inteſtato detulere Lex XII. Tab., & Edictum Praetoris, §. 5. *h. t.*) quum filios, tum liberos gradus ulterioris per virilem ſexum deſcendentes: & quum natos, tum poſtumos cujuſvis generis. Diſcrimen inter ſuos, & emancipatos ſtat adhuc. His praeteritis reſcinditur teſtamentum: prae-

 teri-

(d) *Vulgo* permittit. *Sed omnino legendum cum Cujacio* promittit. *Actionem permittere dicitur quandoque Praetor, nunquam, quod ſciam, permittere poſſeſſionem. Duo iſta verba non raro commutantur in Libris juris. V. Cujac. Obſ. XVII, 6.*

(e) *Quandoque dicitur reſcindi, quod ipſo jure non valet, L. hoc modo* 64. §. 1. *de cond. & dem. V. Bachov. in Pand. p.* 607.

teritis illis eſt nullum. Qui ſublatum hoc quoque diſcrimen putant, abutuntur verbis Trib. *h.* §., *Ut omnes ſive ſui ſive emancipati eundem habeant effectum, quem filii ſui vel emancipati habent*. Quod vero apud Tribonianum *τὸ omnes* praeeunt illa, *& in filiis & in caeteris deſcendentibus*, ac porro *τὸ omnes* opponitur *τῷ filii*, patet, ibi non ſuos cum emancipatis, ſed primum gradum cum ulterioribus conferri. Stat etiam vetus diſcrimen inter jam natos & poſtumos quantum ad effectum praeteritionis. Hi ſi praeteriti ſint, adgnaſcendo, ſuccedendove in locum ſui heredis teſtamentum rumpunt: illorum praeteritione teſtamentum initio eſt nullum. De adoptivis ſic habe. Eos non extraneus pater heredes exheredeſve nominatim facere prorſus debet: extraneus praeterire recte poteſt ex nova Juſtiniani Conſtitutione in L. *pen. de adopt.*

§. VI. & VII. Quid ſi miles liberos ſuos jam natos, poſtumoſve praeterierit? Et a Gordiano in L. 9., ac Philippo in L. 10. C. *de teſt. mil.* reſcriptum eſt, ſi miles habere ſe liberos, uxoremve gerere uterum neſciat, non valere teſtamentum; praeterit enim per errorem: non videtur autem, qui errat, conſentire, L. *nihil* 116. §. 2. *de R. J.*: ſi vero ſciat, valere, praeteritione exheredationis loco habita: quod magnum privilegium eſt militis *in expeditione occupati*, uti loquitur Trib. §. 6. *h. t.*, i. e. jure militari teſtantis. Et quoniam de inofficioſo teſtamento militis dicere nec miles poteſt, L. *ſi inſtituta* 27. §. 2. *de inoff.*, vides, nullum liberis, quo ſibi conſulant, remedium ſupereſſe. Dura quidem lex eſt, ſed ita tamen ſcripta eſt. Quod argumento *Auth. Presbyteros* 1. *C. de Epiſc. & Cler.* Accurſius ſcribit in *d.* L. 9., liberos militis ſalvo teſtamento petere legitimam poſſe condictione ex lege, id bonus judex tanquam natura aequum ſequetur. Caeterum quod ex jure Civili petitur ejus rei argumentum, vel pluma levius eſt. Meliore, quam miles, conditione eſt mater, aliuſve quilibet per matrem adſcendens, quod pertinet ad vim teſtamenti; valet enim, quamvis liberi praeteriti ſint per errorem, §. 7. *h. t.*, *d.* L. 27. §. *ult.*, ac L. 28. *de inoff.* Et vero liberi matri, materniſve adſcendentibus nec ſui heredes ſunt, nec unquam fuerunt: quo differunt ab emancipatis, qui aliquando fuerunt ſui, quibuſque quaſi adhuc ſuis reſciſſa emancipatione ſuccurrit Praetor. Huc ſpectare videtur locus ille Gaii in L. 13. *de ſuis & leg.*, *Nulla femina aut habet ſuos heredes, aut deſinere habere poteſt*: atque hinc ſupplendus locus Pauli in L. *illud* 4. §. 2. *de bon. poſſ. cont. tab.*, *Ad teſtamenta feminarum Edictum contra tabulas bonorum poſſeſſionis non pertinet, quia ſuos heredes non habent*: ſubaudi, *nec deſinere habere poſſunt*. Praeteritis a matre, materniſve adſcendentibus ſola reliqua eſt quereia teſtamenti inofficioſi, de qua *tit. XVIII. h. Lib.* Num poſt *Nov.* 115. *c.* 3. teſtamentum, quo mater, aliuſve per matrem adſcendens liberos praeteriit, perinde ſit nullum, quaſi praeterierit pater, eſt quaeſtionis. Et nullum eſſe, ajunt plerique; ſcriptum eſt enim initio ejus Capitis, *Sancimus, non licere penitus patri vel matri, aut avo vel aviae, proavo vel proaviae ſuum filium, vel filiam, vel caeteros liberos praeterire, aut exheredes in ſuo facere teſtamento*. Verum quod credendum non eſt, Juſtinianum tot capita

ju-

Digitized by Google

juris antiqui tacitum abrogaſſe contra morem, prorſus ſentio cum Duareno, Cujacio, Donello, aliiſque melioris notae interpretibus, valere teſtamentum, ſed tanquam inofficioſum reſcindi. Jus novum in ea Novella procuſum ab Juſtiniano hoc eſt. Liberos a patre, matre, aliiſve per patrem matremve adſcendentibus jus non eſt exheredari, niſi ex cauſſa ingratitudinis teſtamento nominatim inſerta. Ergo quum eſſe ingrati non poſſint impuberes, multoque minus poſtumi, non licet amplius viro uxoris odio, uxorive odio viri eos ſcribere exheredes: quod male permittebat Lex vetus ab Juſtiniano vel ante Novellam ſublata in L. 33. §. 1. *C. de inoff.* Jam cauſſae ingratitudinis ſunt numero XIV., de quibus ſingillatim dicere, longum eſt. V. *d. Nov. c.* 3., unde deſumta eſt *Auth. non licet C. de liber. praeter.* Ita poſitus eſt parentum, judicumque arbitrio modus. Olim etſi nemo ſanus liberos exheredabat, *niſi magnae & multae injuriae patientiam eviciſſent*, ut Seneca inquit *De clement.* I, 14., non deerant tamen, qui ad primam offenſam, nec ſat graviter laeſi accedebant ad decretorium ſtilum: deque ea re (*f*) Centumvirorum arbitrium erat, quod non certa Lege regebatur. Exemplorum abunde eſt apud Val. Maximum *VII*, 8. Qui quaerunt, an ob cauſſas aeque graves, gravioreſve exheredari liberi queant, otio atque ingenio abutuntur. Vix ulla poteſt par cauſſa confingi, quae non ad XIV. illas commode referatur: quin & earum contrahi numerus poteſt ſalva ſententia Novellae. Parentes itidem praeteriri, exheredarive a liberis niſi ingratos expreſſaque certa ingratitudinis cauſſa, non licet: ſed octo tantum cauſſae parentibus nocent. V. *d. Nov. c.* 4., unde decerpta eſt *Auth. in teſtamento C. ad S. C. Tertull.*

TI-

(*f*) *Centumviri Tulliano aevo de multis cognoſcebant, quae Tullius percenſet de Orat.* I, 38. *Temporibus Juriſconſultorum in ſolis hereditariis cauſſis videntur fuiſſe occupati, maxime ſi teſtamentum diceretur inofficioſum, aut hereditas peteretur:* unde centumvirale judicium *in L. Titia* 13. *de inoff. ad querelam inofficioſi teſtamenti: in L. petitor* 30. *de liberat. leg. ad petitionem hereditatis refertur. Hinc intelligis, qua ratione in D. Titulo* De inofficioſo teſtamento *adnectatur Titulus* De petitione hereditatis. *In epigraphe illa L.* 7., *L.* 28., *& L.* 31. *de inoff.*, Paulus libro ſingulari de ſeptemviralibus judiciis *omnino legendum* de centumviralibus, *res ipſa, qua de agitur iis locis, probat plus ſatis. V. Bertrand. in Julii Pauli Vita, & Joh. Fred. Gronov. Obſ. IV*, 11. Judicii haſta *apud Val. Max. VII*, 8. 4. *eſt* haſta centumvirorum, *uti Martialis loquitur Ep. VII*, 62, *ſeu ipſum judicium Centumvirale; haſta enim poſita argumentum erat conventus Centumvirorum. V. Siccam. De centumvir. jud.* II, 3., *& Pollet. For. Rom.* III, 14.

TITULUS XIV.

De heredibus inſtituendis.

PR. Tit. §. I. II. & III. Heredes inſtituere permiſſum eſt (*a*) *tam liberos homines, quam ſervos, pr. h. t.*, & *L. non minus* 31. *de her. inſt.* De ſervis multa ſubdit Trib., de liberis nihil: & non erat tamen praetereundum, eos tantum liberos, qui cives ſunt, ſcribi heredes poſſe, non item peregrinos, *L. ſed ſi* 6. §. 2. D. & *L.* 1. *C. eod.*: porro poenae nomine nec utiliter inſtitui apoſtatas, L. 3. *C. de apoſt.*: nec adulteram ab adultero, aut hunc ab illa, *L. Claudius* 13. *de his, quae ut indign.*: nec ex inceſtis nuptiis natos a parentibus ſuis, horumve alterum ab altero, L. 6. C. *de inceſt. nupt.* Quantum ad ſervos, refert, num proprii ſint, an alieni. Proprios etiam non adſcripta libertate recte inſtitui, liberos, heredeſque futuros, ajebat (*b*) Atilicinus teſte Paulo (*c*) *in ſuis ad Sabinum, & Plautium libris.* Contra non aliter, quam adſcripta libertate, inſtitutionem valere, creditum a pleriſque unde Plinius *Ep. X,* 4., *Contuli*, inquit, *cum prudentibus, Convenit inter omnes, libertatem non deberi, quia non ſit data.* Adeo autem vicit ea ſententia in foro, ut eam quaſi jus certum proponat Ulpianus *Fragm.* XXII, 7. & 12. Tandem Juſtinianus Atilicini opinionem confirmavit in *L. pen.* C. *de nec. ſer. her.* quum favore libertatis, tum ex conjectura voluntatis teſtatoris: qui quum non debeat videri in re ſeria nugari, praeſumitur, quem voluit heredem, eum & liberum voluiſſe, exemplo ejus, quod de ſervo tutore ſcripto ſine libertate, dictum eſt *Inſt. Lib.* I. *p.* 125. Id *non per innovationem* inductum ab Juſtiniano, ait Tribonianus *pr. h. t.*: cui contrarium non eſt, quod idem inquit §. 2. *qui & quibus cauſ. manumit. Lib.* I., fuiſſe id conſtitutum *nova humanitatis ratione*. Et vero non poteſt dici per innovationem inductum, quod ante placuerat Atilicino: & nova opus fuit humanitatis ratione, ut ſententia jam prope ab omnibus exploſa obtineret vim legis. Jam ſubdit Trib., ſervos proprios dici etiam eos, quorum nudam proprietatem habemus: quo facit *L.* 25. *de V.* S. Id autem eo loco dictum, quo de ſervis heredibus inſtituendis agitur, apertiſſimo eſt argumento, iſtiuſmodi ſervorum inſtitutionem valere etiam ſine conſenſu fructuariorum, qui quaeſitis aut ex re ſua, aut ex operis illorum eſſe debent contenti, §. 4. ſup: *per quas perſ.*, & L. 1. C. *comm. de manumiſſ.* Quod ſi ſervus adulterio ſit *maculatus*, eum domina ejuſdem criminis poſtula-

(a) *Ita ſcriptum eſt apud Trib. pr. h. t. Rectius Gajus in* L. 31. *eod.*, tam ſervos, *inquit*, quam liberos; *erat enim dubitandum de ſervis, qui juris civilis communionem non habent*, L. 32. de *R. J.*

(b) *Eſt cur mireris, a Pomponio in* L. 2. de O. J. *praeteriri Atilicinum certe quidem non praetereundum. Atilicini epiſtolam ad Proculum, de cujus familia videtur fuiſſe, apud Paulum habes in* L. 17. *de pact. dotal.*

(c) *Scripſit Paulus* Libros XVI. ad Sabinum, XVIII. ad Plautium. *h. e. adnotationes in Sabini & Plautii Libros.*

Digitized by Google

ſtulata ante ſententiam nec cum libertate utiliter ſcribit heredem, Lege libertatem impediente, ne mancipia per manumiſſionem quaeſtioni ſubducantur, *L. proſpexit* 12. *qui & a quib. manumiſ.* Caſum iſtum exemit Severi & Antonini Conſtitutio, cujus verba ſunt in *L.* 48. §. 2. *de her. inſt.*, ac *pr. h. t.* Sed qui hic adulterio *maculatus*, illic dicitur adulterii *accuſatus*. De hac re nimium ſatagunt Cujacius, & J. a Coſta in h. l., quos, ſi tibi eſt otium, vide. Utraque lectio proba eſt. Quod ſaltem ex opinione populari accuſatio maculam aliquam adſpergit, *maculatus* eſt omnino idem atque accuſatus, ut non inſcite Accurſius. At enim reos adulterii duos ſimul, marem & feminam ex eadem cauſſa fieri, Lex Julia de pudicitia vetat: ſed ordine peragi utroſque licet, *L.* 8. *C. ad L. Jul. de Adult.* Vero, ſed eodem tempore poſtulari recte poſſunt ſinguli a diverſis, *L. denuntiaſſe* 17. §. 6. *D. eod.* Quod putat Th. Marcilius, L. Juliam de duabus liberis perſonis eſſe accipiendam, non de libera & ſervo, id prorſus commentitium eſt. Jam ſervus a domino ſuo heres ſcriptus, ſi *in eadem cauſſa manſerit*, *i. e.* ejuſdem domini ſervus, fit ex teſtamento liber, heresque ei neceſſarius: ſi a vivo teſtatore manumiſſus fuerit, ſuo arbitrio adire hereditatem poteſt, quia non fit heres neceſſarius, qui *utrumque*, h. e. hereditatem & libertatem, non conſequitur ex teſtamento, §. 1. *h. t.*, & *L. teſtamento* 90. *eod.*: alienatus autem nec liber, neque heres fit, quamvis cum libertate heres ſit ſcriptus; videtur enim dominus alienando deſtitiſſe a libertatis datione (*d*): proinde hereditatem adibit juſſu novi domini, huicque eam adquiret, *d.* §. 1., *L. quoties* 9. §. 16., & *L. ſervum* 90. *eod. tit.* De ſervo, qui teſtamenti tempore eſt alienus, eadem cauta ſunt. Ergo ſi manſerit *in eadem cauſſa*, i. e. in dominio ejus, cujus erat tempore teſtamenti, eo jubente adibit: a domino manumiſſus aut vivo teſtatore, aut mortuo, antequam adeat juſſu domini, ſponte ſua adibit, ſibique adquiret: alienatus autem ſive vivo teſtatore, ſive mortuo, antequam adeat, juſſu poſterioris domini adibit, quamvis juſſerit prior, ſi tamen non adiit, *d.* §. 1., & *L. Antiſtios* 62. §. 1. *de adq. her.* In ſumma hereditas, bonorumve poſſeſſio *ambulat cum dominio*, *L. aequiſſimum* 2. §. 9. *de bon. poſſ. ſec. tab.* Quod ſervus alienus ante aditionem manumiſſus ſibi adit adquiritque hereditatem, certe qui alienum ſervum ſcribit heredem, videtur magis ſervi, quam domini rationem habere. Sed teſtamenti factio cum ſervo alieno ex perſona domini eſt, L. *& ſi* 5. *de ſervit. leg.*: quin ad hoc tantum perſona domini inſpicitur, ut ſit cum ſervo factio teſtamenti, *L. debitor* 82. §. 2. *de leg.* 2.: atque hoc eſt quod dicitur in Gloſſis Philoxeni, ſervum a domino *perſonari*. Hinc conſequitur, ſi qua de cauſſa capere non poſſit dominus, hujus ſervum fruſtra inſtitui heredem, §. 3. *h. t.*, & *L. ſervus* 52. *eod.* Non obſtat locus ille Terentii Clementis in L. 82. *de adq. her.*, *Si ſervus ejus, qui* (*e*) *capere non poteſt, heres inſtituatur, &, antequam juſſu domini adeat hereditatem, manumiſſus alienatuſve ſit, & nihil* in

(d) *In L. ſi ita* 13. §. 1. *de lib. & poſt. v. noſtr. jur. Obſ. V*, 9.

(e) Capere ex teſtamento, *aut ἁπλῶς capere eſt adquirere ex teſtamento. V. Briſſon. De V. S.*

Digitized by Google

in fraudem Legis factum eſſet, ipſe admittitur ad hereditatem; pertinet enim is locus ad L. Juliam & Papiam, quae coelibes teſtatoribus non cognatos vetabat capere, niſi nuptias contraherent intra centeſimum diem. Ulp. *Fragm. XVII*, 1., Sozom. *Hiſt. I*, Hujus rei argumento ſunt quum epigraphe *d. L.* 82., quae haec eſt, *Terentius Clemens Lib. XVI. ad L. Juliam & Papiam*, tum quod ſequitur, *ſed & ſi partem capere poſſit dominus ejus, eadem dicenda ſunt de parte, quam ille capere non poteſt*: quae verba ſpectant ad orbos. Hi ex L. Julia dimidium relictorum capiebant ſi vero intra dies C. filius naſceretur, etiam reliquum. Heinec. *ad L. Jul.* II, 21. 3. Ego loquitur Terentius de domino, qui non ἁπλῶς, ſed κατά τι capere prohibetur. Ea autem juris (*f*) regula, cum herede ſcripto, eove, in cujus poteſtate eſt heres, eſſe debere factionem teſtamenti, benigna interpretatione de eo tantum herede accepta eſt, qui capere ἁπλῶς non poteſt: quo refer illud Modeſtini in L. 62. *h. t.*, *In tempus capiendae hereditatis inſtitui heredem poſſe, benevolentiae eſt . . . Idem & in legato*. Id autem ita procedebat, ſi non fraus fieret *Legi*, puta, Juliae, & Papiae, quae ſaepe κατ᾽ ἐξοχὴν communi *Legis*, aut *Legum* nomine deſignatur. Exempla congeſſit: Merillius *Obſ. V*, 10. Fraudabatur Lex fide tacite interpoſita a ſervo, quum manumitteretur, ſervive emtore de hereditate domino, qui capere non poterat, reſtituenda. V. Cujac., & J. a Coſta in *tit. Inſt. de her. qual.*, ac Gilb. Regium Ἐναντιοφ. *jur.* II, 17. Quod teſtamenti factio cum ſervo alieno ex perſona domini eſt, jure ambigas; num ſcribi heres poſſit ſervus *hereditarius*, i. e. poſt domini mortem, quo tempore hereditas jacet. Ratio dubitandi ea eſt, quod mortuus *perſonare* vivum nequit, At poſſe, ait Trib. §. 2. *h. t.*, *non dum enim adito hereditas perſonae vicem ſuſtinet, non heredis futuri, ſed defuncti*. Idem jam ante docuerat Gajus in *L. non minus* 31. §. 2. *h. t.* Quid vero eſt, quod de non dum adita hereditate Pomponius ſcribit in *L. novatio* 24. *de novat.*, eam *interim ſuſtinere perſonam heredis*? Non eo deveniendum, ut putes cum Hotomano *Obſ.* III, 19. diſſenſiſſe da ea re veteres Juriſconſultos; nam vix quidquam certius ea juris fictione, qua defunctus, donec hereditas jacet, vivere intelligitur. Ergo hoc diſcrimine tranſigenda res eſt. Jacens hereditas futurum heredem refert, ſi eventus aditae hereditatis ſpectetur: quo fit, ut ſervus hereditarius recte ſtipuletur, adquiratque heredi futuro, L. *ſi ex re* 28. § *ult.*, & L. *ſervus* 35. *de ſtip. ſerv.*: refert defunctum, ſi ſpectetur initium, ſeu actus ipſe, qui *vires ſumit ex perſona defuncti*, uti ad rem Gajus in L. *in eo* 33. §. *ult. de adq. rer. dom.* Jam poſſe ſervum poſt mortem domini heredem ſcribi, eo confirmat Trib., quod *etiam ejus, qui in utero eſt, ſervus recte heres inſtituatur*. Sed quoniam is valere inſtitutionem ſervi hereditarii probaverat hoc argumento, quod nondum adita hereditas perſonam defuncti refert, τὸ *etiam* indicio eſt, alterum multo gravius argumentum in adſcriptis verbis latere. At latet certe nullum. Et vero qui dicitur ſervus ejus, qui utero adhuc geritur, vere non eſt ejus; is enim non ante poteſt incipere dominus eſſe ſervi, quam naſcatur, hereſque ſit patris; ſed pro-

prie

(f) *De hac regula v.* §. 4. *infr. de her. qual.*

prie hereditarius ſervus eſt, eademque ipſa fictione juris, de qua dictum, ad dominum defunctum pertinet: ut non jure mirandum ſit, cur olim ſervus alieni poſtumi poſſet inſtitui heres, poſtumus ipſe non poſſet; nam ſervi inſtitutio non ſuſtinetur ex perſona poſtumi, qui nondum eſt dominus, ſed ex perſona defuncti, qui fingitur vivere. Quae quum ita ſint, verba Triboniani exemplum continent ſervi hereditarii, qui fortaſſe imperito cuiquam poterat alius videri; non argumentum, quo poſſe illum ſcribi heredem probetur: proinde τὸ *etiam* ridicule abundat. Dixi, ſervo opus eſſe ad hereditatem adeundam domini juſſu. Igitur ſi ſit plurium communis, quorum juſſu adierit, tantum eos interim faciet heredes pro partibus dominicis: deinde caeteris nec jubentibus tacito jure partes adcreſcent illis, qui juſſerunt, *d.* §. 3., & *L. ſervus* 67. *de adq. her.*, ne quis alioqui teſtato, & inteſtato decedat: quod Leges non ſinunt, *L. jus noſtrum* 7. *de R. J.*

§. IV. Jam nullus certus heredum inſtituendorum numerus Lege ſtatutus eſt. Igitur & *unum hominem, & plures uſque in infinitum*, (g) *quot quis heredes velit, facere licet*, §. 4. *h. t.* Τὸ *infinitum* eſt τὸ ἀόριςον, quod fines habet, ſed incertos, non τὸ ἄπειρον, quod prorſus caret extremis. Quin infinitas iſta heredum non debet tanta eſſe, ut voluntas teſtatoris habere exitum nequeat. Hinc olim teſtatoribus interdictum, ſcribit Ulp. *Fragm.* XXII, 5., *municipia*, aut *municipes* heredes facere: *quoniam incertum corpus eſt, ut neque cernere univerſi, neque* (h) *pro herede gerere poſſint, ut heredes fiant*. Extat in eandem ſententiam locus Plinii *Ep. V*, 7. Utrumque Muretus opponit Tacito ſcribenti *Annal. IV*, 43. *Vulcatium Moſchum exulem in Maſſilienſes receptum bona ſua Reip. eorum, ut patriae, reliquiſſe*. At vero de Vulcatii teſtamento dijudicandum ſecundum jus Civile Maſſilienſium, qui eo tempore Jonicis Legibus vivebant. Strabo *Lib. VI.* Ita Reges Attalus, Nicomedes, Apion, qui ſuis vivebant legibus, recte ſua bona Romano Populo reliquerunt. Val. Max. *V*, 2. 3. Flor. II, 20. Cic. II. *in Rull.* 15. Appian. *Mithridatic.* in ſine. Diu ſtetit Romae jus vetus de civitate herede non inſtituenda. Certe ſtabat aevo Ulpiani, cujus teſtimonium habes in *Fragm. XXII*, 5.: neque ulla in toto corpore juris Civilis Lex extat in contrariam ſententiam antiquior Conſtitutione Leonis Thracis in *L. hereditatis* 12. *C. h. t.* Heineccio in Vinn. *tit. de Legat.* ſcribenti, temporibus Pauli, qui Ulpiano coaevus fuit, heredes fieri civitates potuiſſe ob *L. civitatibus* 122. *de leg.* 1., in eo Pauli loco legendo oculi caecutiere. De legato, non de hereditate loquitur Paulus: nec eadem hereditatis, quae legati, olim ratio erat, uti multis oſtendam in §. 25. infr. *de legat.*

§. XII. Quod autem *certum conſilium debet eſſe teſtantis*, uti Ulpianus inquit *Fragm.* XII, 4., id non facit, ne quis poſſit extraneum etiam

(g) *Codices quidam habent* quantos, *quidam* quantoſcumque. *Vox* quantū *non raro refertur ad numerum. Preſtant apud Lexicographos exempla, vix tamen imitanda.*

(h) *Ita Ulpiani locum reſtituit Cujacius. Eum corruperant librarii in hunc modum*, pro libito de herede cernere.

Digitized by Google

iam penitus ignotum inſtituere, L. 11. C. *h. t.*, modo ejus opinio non ſit adeo incerta, ut in infinitum vagari videatur : qua de re in *d.* §. 25. Scio, hereditates ob meritum aliquod accedere, L. *nec adjecit* 9. *D. pro ſoc.*; ſed quis eſt, qui non meriti loco habeat famam virtutis, aut vinculum cognationis ? Huc pertinet exemplum teſtatoris filios fratris *peregrinantes*, quos nunquam viderat, heredes inſtitentis apud Trib. §. 12. *h. t.*, illuc exemplum Julii Largi, qui Plinium ſcripſit heredem fiduciarium *judicio* Trajani *credens*, ut Plinius loquitur *Ep. X*, *79.* h. e., ubi locum iſtum accipio, fidem Plinii perſpectam habens argumento hoc uno, quod eum optimus Princeps Trajanus honoribus, atque amicitia ſua dignum judicaſſet; non enim aliunde notus videtur fuiſſe Plinius Largo: unde Trajanus Plinio reſcribens *Ep.* 80., *Julius Largus*, inquit, *fidem tuam, quaſi te bene noſſet, elegit*. His caſibus quae de herede ignoramus, ex accidenti ſunt: nec re ipſa minus certum teſtatoris conſilium eſt, quam ſi eum de facie, atque intus noverit. In *d.* §. 12. pro *peregrinantes* mavult Cujacius *peregrinatos*: quam lectionem quorundam MSS. Codicum fide adſtruit Hotomanus. Ex adverſo pro vulgata multis diſputat Colerus *Parerg.* 38. Nolo ego de nihilo rixari.

§. V. VI. VII. & VIII. Nunc de hereditatis partitione. Ea plerumque dividitur in partes duodecim. Una pars dicitur uncia : duae ſextans, quaſi ſexta pars aſſis : quinque quincunx : ſex ſemis : ſeptem ſeptunx : octo bes, quaſi bis triens : novem dodrans ex de & quadrans, quaſi quadrans de aſſe : decem dextans, quaſi ſextans de aſſe, undecim decunx, quaſi decem & uncia, vel deunx, quaſi unum de aſſe : duodecim as, §. 5. *h. t.*, & *L. ſervum* 50. §. 2. *de her. inſt.* Porro unciae dimidium appellatur ſemuncia, *L. liberto* 21. §. 2. *de ann. leg.*: ſemunciae dimidia ſicilicum, *d. l.* 21. §. 2., dimidium hujus ſextula, quaſi ſexta pars aſſis. Cic. *pro Caecin. c.* 6. Iisdem vocabulis quodvis aliud ſolidum, & cujusvis rei partes deſignari mos eſt : unde *in aſſem vendere* in *L. Titius* 9. *quib. mod. pign.*, *in aſſem ſatisdare* in *L. is cui* 5. §. 11. *ut in poſſ. leg.*, *pretii bes* in L. *ſi vero* 12. §. 8. *mand.*, & *fundi quadrans*, *triens*, *ſemis* in L. *Pomponius* 8. *de rei vind.*, & L. *minor* 39. §. 2. *de evict.* Ita in uſuris Juriſconſulti loco aſſis *centeſimam* habent, ad eamque redigunt uſuras *uncias*, uti loquitur Scaevola in L. *Titium* 47. §. 4. *de adm. tut.*, ſextantes, quadrantes, trientes, quincunces, ſemiſſes &c. Dixi, *plerumque*, & ſi enim teſtator, ubi unum pluresve heredem, heredesve non adſcriptis partibus ſcribit, non pauciores pluresve, quam duodecim, partes faciat hereditatis; ſi tamen velit certas adſcribere, hereditatem poteſt in pauciores pluresve, quam duodecim, partiri : ſed pauciores illae, pluresve partes poteſtate juris revocantur ad aſſem. Ergo ſi unum ſcripſerit ex parte certa, puta, ex ſemiſſe, pluresve ex partibus item certis, quae aſſem non complent, totus as in ea parte, iisve partibus erit, eo, quod eſt reliquum, uni pluribusve pro hereditariis portionibus tacite adcreſcente, ne teſtato & inteſtato decedat, *d.* §. 5., & §. 7. *h. t.*, L. *interdum* 13. §. 1. 2. & 3. *eod.*: niſi quis jure militari teſtetur; nam poteſt miles, cujus ſola voluntas in teſtando ſpectatur, mori

ex

ex parte teſtatus ; ex parte inteſtatus *d.* §. 5., & L. *ſi miles* 6. *de teſt. mil.* Sed ſi in diviſione uncias duodecim exceſſerit, quod eſt ſupra aſſem, aeque pro rata decreſcet. Ita ſi tibi duodecim unciae relictae ſint, mihi ſex, tu beſſem accipies, ego trientem. Ulp. *d.* L. 13. §. 4. : quumque hoc idem doceat Trib. in §. 7. *h. t.*, patet, labi eos, qui putant, jus vetus ab Juſtiniano abrogatum in *L.* 23. C. *de leg.*, ubi legato primum uni fundo, tum alteri dimidia fundi, vel relictis uni unciis XII., dein alteri ſex, ait Imp. receſſiſſe teſtatorem a priore voluntate, ſolidumque initio relictum uni dimidia minui voluiſſe, ac proinde fundum, hereditatemve ex aequo dividi oportere. Belle autem conveniet inter Ulpianum & Juſtinianum, ſi alteram ab altera ſpecie diſtinxeris. Aliud eſt relinquere uni aſſem, alteri uncias ſex ejusdem aſſis: quam eſſe ſpeciem *d. L.* 23., demonſtratur his verbis, *Si quis cuidam agrum Cornelianum legaverit, deinde alii partem ejus dimidiam*: aliud uncias XII. uni dare, ſex alteri ἁπλῶς, quae eſt ſpecies *d. L.* 13., ac *d.* §. 7. *h. t.* Priore illo caſu teſtator de toto partem demit : ſicque unus pro parte demta, alter pro reliqua heres erit : poſteriore hoc tranſit ad alterum aſſem, adſcriptaeque partes decreſcent pro rata. V. Donell. in *d. L.* 23. Haec ita cauta ſunt, ſi omnibus datae ſint partes. Quid ſi vel nulli, vel non omnibus ſint datae? Si nulli, omnes aequaliter heredes erunt, §. 6. *h. t.*, & *L. quotiens* 9. §. 11. *eod.*; nam ſi voluiſſet teſtator heredes vocare ad partes inaequales, id ſane expreſſiſſet: ſi non omnibus, refert, num teſtator minus aſſe diſtribuerit, an aſſem, pluſve eo. Si minus aſſe diſtribuit, quod aſſi deeſt, ejus, eorumve erit, cui, quibuſve pars non eſt adſcripta, §. 6. *h. t.*, & *L. item* 17. *pr. eod.* Si aſſem diſtribuit, ii, quibus non ſunt adpoſitae, ex altero ſemiſſe; qui enim aſſe expleto ſine parte eſt ſcriptus, in alterum aſſem venit, *d.* §. 6., ac *d. L.* 17. §. 3. *h. t.*: & convenienter venit in tertium, qui expleto dupondio institutus eſt ſine parte. At enim hunc *non in alium aſſem, ſed in trientem venire*, inquit Ulp. *d. L.* 17. §. 5. Ita vero, ſed tertius as, ac triens redeunt eodem: quod ut probe intelligatur, animadvertendum eſt, quum teſtator ad dupondium tranſit, ſingulas aſſis uncias aequivalere ſemunciis: quum tranſit ad tripondium, tertiae parti: proinde dupondium, ac tripondium ſic revocari ad aſſem; ut totus ſecundus as aequivaleat ſemiſſi, tertius totus trienti. Ita pulcre explicatur textus Ulpiani, neque eſt opus emendatione Hotomani pro *in trientem* confidentiſſime, atque ineptiſſime reponentis *in treſſem* (i). Non obſtat, quod Ulpianus tertium illum ſine parte ſcriptum, cui dat trientem, venire neget in alium aſſem; namque id perinde eſt accipiendum, quaſi eum venire neget in alterum dupondium, ſolumque tantum ferre, quantum alii duo, inter quos dupondius eſt diſtributus. Ratio dubitandi eſſe poterat haec, quod expleto aſſe quitum ſine parte eſt ſcriptus, ad alterum aſſem venit: qua de re proxime egerat Ulp. §. 3. & 4. Ideo autem is pro alio dupondio alium aſſem dicit, quia dupondius jam antea erat ad aſſem redactus. Ergo ſi dupondium ſpectes tanquam aſſes duos, ſingulos ex minoribus unciis, ſeu ſe-

 muni-

(i) *Emendationem Hotomani ſolide rejicit Vinnius in h. l.*

munciis conſtantes ; male negat Ulp., ſcriptum ſine parte in alium parilem aſſem venire : ſi ſpectes dupondium ut unum aſſem ex ſolidis unciis conſtantem, non male negat Ulp., venire illum in aſſem, aſſi, ſeu dupondio, qui aſſis vice eſt, parem.

§. IX. X. & XI. Scribi heres pure, & ſub conditione poteſt, §. 9. *h. t.* Quod ſi heredi plures conditiones conjunctim datae ſint, omnibus parendum eſt, quia unius loco habentur : ſi disjunctim, cuilibet, *L. ſi heredi 5. de cond. inſt.*, & §. 11. *h. t.* Quandoque disjunctio pro conjunctione eſt, puta ſi negans oratio ſit, L. *Lucius 85. de her. inſt.*, & L. 6. *C. de inſt.*, aut ſi qua idonea conjectura voluntatis ita poſcat, *L. pen. C. de V. S.* In conditionibus adſcribendis perſona heredis ſpectanda eſt, namque extraneus ſub omni conditione inſtitui poteſt : ſuus tantum ſub ea, quae in ejus poteſtate eſt : (conditionem iſtam Juſtinianus in *L. un. §. 7. C. de cad. toll.* parum Latine dixit *poteſtativam* : veteres Juriſconſulti dixere *in arbitrium collatam*) neque alias ratum eſt teſtamentum *L. ſi filius 28. de cond. inſt.*, niſi ſub non arbitraria inſtitutus, in defectum ejus exheredetur, *L. 4. C. de inſt. & ſubſt.* Et vero quum ſuus heres certo judicio ſit a ſucceſſione removendus, *L. ſed ſub conditione 18. de bon. poſſ. cont. tab.*, ejus inſtitutionem fortunae committere perinde eſt ac praeterire. Ante Juſtinianum ita jus erat de ſolo filio ſuo herede, *L. ſuus 4. de her. inſt.* : tum coepit idem jus eſſe de caeteris liberis in poteſtate conſtitutis, §. 5. ſup. *de exher. lib.* Poſſibilis eſſe conditio debet : impoſſibilis remittitur, *L. conditiones 9. de cond. inſt.*, h. e. pro non adjecta habetur ſalva inſtitutione, *L. 1. D. eod. tit.* : quod idem obtinet in legatis ac fideicommiſſis, *L. ab omnibus* 104. §. 1. *de leg.* 1. : & generaliter *id, quod impoſſibile in teſtamento ſcriptum eſt; nullam vim habet*, *L. ſi Maevia 45. de her. inſt.* Conditioni impoſſibili proxima eſt turpis, nam *quae contra bonos mores fiunt, ea nec facere nos poſſe, credendum eſt*, uti praeclare Papinianus in *L. filius 15. de condit. inſt.* Ergo & turpis remittitur, *L. conditiones 9. eod.* Ex adverſo impoſſibilis, turpiſve conditionis adjectione ſtipulationes, ceterique contractus vitiantur, *L. 1. §. 11.*, ac *L. non ſolum 31. de O. & A.* Cur tam varie? Quia qui contractui apponunt conditionem, *quam ſciant eſſe impoſſibilem*, turpemve, *nihil agi exiſtimant*, ac proinde magis ludere, quam conſentire intelliguntur, *d. L. 31.* : non videtur autem qui teſtatur, in re ſeria voluiſſe jocari : ac ſi quid eſt in teſtamento impoſſibile, aut turpe, id ille praeſumitur magis titubante animo, & lingua, quam ex ſententia loquutus. Huc facit quod de Virgilio, qui cremari Libros *Æneid.* juſſerat, ſcriptum eſt in *Catalectis* . . . . *ſi forte furenti Erravit in morte dolor? ſi lingua loquuta eſt Neſcio quid titubante animo, non ſponte, ſed altis Expugnata malis, odio languoris iniqui*. De die ſecus ac de conditione cautum eſt. *Hereditas*, inquit Papinianus in *L. 34. h. t.*, *ex die, vel ad diem non recte datur, ſed vitio temporis ſublato*, h. e. die habito pro ſupervacuo, uti loquitur *d. §. 9.* Tribonianus, pura *manet inſtitutio*. Conditio retrotrahitur, & ad initia recurrit, non item dies: ſicque non ſublato temporis vitio moreretur teſtator partim teſtatus, partim inteſtatus contra regulam juris, quae ad

ſpa-

ſpatium quoque temporis pertinet, non ad ſolam portionem bonorum, *L. miles* 41. *pr. de teſt. mil.*: quumque in contractibus nullus regulae illi ſit locus, non eſt dubitandum, quin contractibus utiliter adjici tempus queat, §. 2. *de X. O. Lib. III.* Dies, cujus vitium tollitur, eſt dies certus, *d.* §. 9.: incertus *conditionem in teſtamento facit*, *L. dies* 75. *de cond. & dem.*: qua de re dicam in *d.* §. 2.

TITULUS XV.

De vulgari ſubſtitutione.

PR. Tit. Hactenus de heredibus primo gradu inſtitutis: nunc de ſubſtitutis, quos Cicero *De orat. I*, 39. heredes dicit *ſecundum*, i. e. poſt alium *inſtitutos*: ac paſſim Latini *heredes ſecundos*, non ſolum ſi ſecundo, ſed & ſi tertio, aliove ulteriore gradu ſint ſcripti: quo ſenſu *ſecundae nuptiae* appellantur, *tit. C. de ſec. nupt.* Subſtitutio eſt aut vulgaris, aut pupillaris, *tit. D. de vulg. & pupil.* Aliam praeter duas iſtas ſpecies non adgnovere Romani Juriſconſulti: quaſque dein commenti ſunt interpretes, eae referri ad alterutram debent. Appoſite Moneſtinus in *L.* 1. §. 1. *D. eod.* „*Heredis*, inquit, *ſubſtitutio duplex eſt*, *aut ſimplex*: quo loco *ſimplex* ea eſt, quae vocatur vulgaris, quia fit in eum ſolum caſum, ſi alius non erit heres: *duplex* ea, quae pupillaris, quia fit in duplicem caſum, alterum, ſi quis heres non erit, alterum, ſi heres erit, & intra pubertatem deceſſerit, *d.* §. 1., in quem v. Cujac. Poſterior haec dicitur *pupillaris*, quia parentes ſoli ſolis liberis impuberibus, quos habent in poteſtate, ſubſtituunt in eum modum: prior illa *vulgaris*, h. e. communis, quia vulgo fieri ab omnibus poteſt in locum cujusvis heredis: in quam ſententiam (a) *vulgare pactum* Tryphoninus in *L. Baebius* 30. *de pact. dot.*, ac *vaſa vulgaria*, & *vulgarem formulam* dixit Paulus in *L. ſupellectili* 3. §. 1. *de ſupel. leg.*, & *L. ſi ſervus* 42. *de furt.* Vulgaris eſt ex verbis illis XII. Tab., *Uti legaſſit ſuae rei*, *ita jus eſto*: quibus verbis latiſſimam poteſtatem teſtatori tributam, ſcribit Pomponius in *L. verbis* 120. *de V. S.* De origine pupillaris dicam tit. ſeq. Ergo vulgaris ſubſtitutionis formula ut plurimum eſt haec, *Si ille heres non erit*, *ille heres eſto*, *pr. h. t.*, ubi conditio *ſi heres non erit* aeque exiſtit, ſi quis noluerit, ac ſi non potuerit adire, *L.* 3. *C. de her. inſt.*: aeque etiam ſi quis teſtatori ſuperſtes non potuit adire, ac ſi quis non potuit, quia praemortuus eſt teſtatori, *L. quum ex filio* 39. §. *ult. de vulg.* Quandoque teſtator ſubſtituit, ſi heres aut nolit, aut nequeat: in qua ſpecie vix eſt ut poſſit conſiſtere opinio Bartoli caſum non expreſſum ſubaudientis ex conjectura voluntatis; nam graviter obſtat *L. pater Severinam* 101. *de cond. & dem.* Romanis, quibus vix quidquam antiquius, quam mori teſtatos, ſolenne fuiſſe plures gradus heredum facere, teſtis eſt Appianus *De bell. Civ. II*, *p. m.* 843.: idque ſexcenta, quae ſunt in Libris juris, exempla confirmant. Nec certus graduum numerus Lege ſtatutus eſt, uti nec

(a) *De vulgari iſto pacto egregie praeter caeteros Contius Diſp. I*, 5.

nec primorum heredum. V. dicta *h. Lib. p.* 320. Quod ſi quis tenui re familiari teſtamento diffidat, *noviſſimo loco* vel ſervum neceſſarium heredem ſubſtituere in ſubſidium poteſt, *d. pr.* *Tò noviſſimo loco* otiari non debet: eoque ſpectat, ut intelligas, ſervo, qui non ultimo loco eſt ſubſtitutus, remiſſam videri hereditatis neceſſitatem arg. *L. verba* 12. *de cond. inſt.*, a quo juris loco nullum Viglio ſecus ſentienti effugium eſt.

§. IV. Jam vero intereſt, num verba illa *ſi heres non erit* de eo dicantur, quem eſſe patremfam., teſtator ſcit, an de eo, quem non ignorat eſſe juris alieni. In hoc verba illa ſic accipiuntur, *ſi neque ipſe heres erit*, ſui juris eſſe incipiens ante obitum teſtatoris, *neque alium*, i. e. dominum, patremve, *heredem effecerit*, non deſinens eſſe juris alieni: in illo ſic, *ſi hereditatem ſibi, vel ei, cujus juri poſtea*, h. e. poſt teſtamentum, ſed ante mortem teſtatoris, *ſubjectus eſſe coeperit*, *non adquiſierit*, §. 4. *h. t.*, & *L. ſi paterfam.* 40. *de her. inſt.* Utroque caſu excludi ſubſtitutum, non incerti juris eſt, *L. ſi quis* 7. *de adq. her.*, & *L.* 5. *C. de imp. & al. ſubſt.* Quod ſi quis ſervum alienum, quem putabat patremfam., heredem ſcripſerit, eique, ſi heres non eſſet, alium ſubſtituerit; ſi ſervus juſſu domini adierit hereditatem, ſubſtitutus *in partem* admittitur: & hoc (*b*) Tiberium Caeſarem in perſona Parthenii ſervi ſui conſtituiſſe, teſtes ſunt Pomponius in *L.* 41. *de her. inſt.*, ac Trib. *d.* §. 4. In dubia re media ſententia ut plurimum tutior. In propoſita ſpecie ſi velis alterutri ſolidum dare, neutri tuto dabis. Ne domino des, facit conjectura voluntatis teſtatoris, qui, quod heredem inſtitutum putaverit patremfam., videtur non fuiſſe inſtituturus, ſi eum eſſe ſervum ſciſſet: tantum abeſt, ut poſſit videri conſulere domino voluiſſe. Ne des ſubſtituto, vetat regula illa juris, plus valere quod in veritate eſt, quam quod in opinione, §. 11. *inſtr. de leg.* Æquiſſime igitur *diviſa hereditas eſt* inter dominum & ſubſtitutum. *Tò in partem* apud Trib. *d.* §. 4., ac *tò diviſa hereditas eſt* apud Pomp. *d. L.* 41. indicium faciunt partium aequarum; regula eſt enim juris, *ſi non fuerit certa portio adjecta*, *dimidiam partem deberi*, *L. nomen* 164. §. *de V. S.*: ut vix ſint ferendi, qui duos faciunt ſemiſſes, horumque alterum ex aequo partiuntur inter ſubſtitutum ac dominum, alterum dant integrum aut domino, aut ſubſtituto. Eos egit tranſverſos male acceptus Juliani locus in *d. L.* 40., quem peculiari *Diſſertatione* illuſtravimus.

§. I. & II. Porro poteſt teſtator ſcriptis primo gradu heredibus ſubſtituere non ſolum eos, qui ſunt extra numerum heredum, ſed & ipſos heredes. Utroque caſu liberum eſt ei ſubſtituere vel unum uni, vel plures pluribus, vel uni plures, vel pluribus unum, §. 1. *h. t.*, & *L. poteſt* 36. §. 1. *eod.* Hoc plus, ipſos heredes poteſt invicem ſubſtituere: uti feciſſe Tiberium, auctor eſt Svetonius in ejus Vita *cap. ult.*: qualem ſubſti-

(*b*) *In tribus Theophili Codicibus pro* Tiberio *eſt* Antoninus, *i. e. A. Pius. Alciatus Diſpunct.* 1, 2. *pro Tiberio reponit* Titum, *h. e. T. Domitianum, inter cujus ſervos fuit etiam Parthenius, necis illius cum Entello & Stephano conſcius. Nihil mutandum. Florentiae in d. L.* 41. *legitur* Tiberius. *Multos Parthenios Caeſarum ſervos antiqui tituli meminere.*

Digitized by Google

ſtitutionem Romani Juriſconſulti *reciprocam*; aut *mutuam* dicunt, *L. jam hoc jure* 4. §. 1. *h. t.*, *L. quum proponebatur* 64. *de leg.* 2. Reciprocae ſubſtitutionis illud eſt proprium, ut par eſſe debeat ratio ſubſtitutorum. Hinc licet quum pater duos filios impuberes invicem ſubſtituit communi hoc verbo, *eosque invicem ſubſtituo*, quum vulgariter, tum pupillariter ſubſtituiſſe intelligatur ex Conſtitutione D. Pii, tamen ſi eorum alter ſit pubes, alter impubes, in vulgarem tantummodo caſum factam videri ſubſtitutionem, Severus & Antoninus conſtituerunt, quod incongruum videretur, in altero duplicem eſſe ſubſtitutionem, in altero ſolam vulgarem, *d. L.* 4. §. 1. & 2. Quid ſi teſtator plures, quam duos, ex diſparibus partibus heredes ſcriptos invicem ſubſtituerit, nec ullam fecerit in ſubſtitutione partium mentionem? Et D. Pius reſcripſit, non alias partes teſtatorem ſubſtitutioni tacite inſeruiſſe, quam quae manifeſte in inſtitutione expreſſae ſunt, §. 2. *h. t.*, & L. 1. *C. de imp. & al. ſubſt.*; ſimile eſt enim vero, teſtatorem non pluris feciſſe heredes, quum eos ſubſtituit, quam quum primum inſtituit. Ergo ſi tres inſtituti ſint heredes, unus ex uncia, ſecundus ex octo, tertius ex quadrante (quam ſpeciem ponit Ulp. in *L. ſi plures* 24. *h. t.*) repudiante tertio, in novem partes dividendus eſt quadrans, feretque octo partes, qui ex beſſe fuerat inſtitutus, unam, qui ex uncia. Id *plerumque* ita eſſe, ait ibidem Ulpianus; poteſt enim quandoque *alia mens eſſe teſtatoris*, i. e. poſſunt ſubſtituti ad aequas partes vocari: quod tamen *vix eſſe credendum* ſubdit, *niſi evidenter fuerit expreſſum*. Ulpianus expreſſam, quin evidenter expreſſam teſtatoris voluntatem requirit. Num ſit etiam conjecturae locus, eſt quaeſtionis. Et plerique omnes ajunt, duaſque afferunt conjecturas, alteram, ſi teſtator par onus impoſuerit ſubſtitutis, puta ſi hos juſſerit aequas partes dare arg. *L.* 23. *ad* S. C. *Trebel.*: alteram, ſi eos ſubſtituerit non ſub appellatione heredum, ſed propriis nominibus expreſſis arg. *L. nonnunquam* 24. *eod. tit.*; quum enim teſtator propria heredum nomina exprimit in ſecundo gradu, videtur magis ad perſonas ipſas, harumque numerum, ac proinde ad viriles partes, quam ad hereditarias attendiſſe: quod exerte docet Neratius in *L. ſi heredes* 124. *de leg.* 1. Ita evidenter expreſſa voluntas dicitur etiam ea, quae idonea aliqua conjectura explicatur. V. *L. licet* 74. *eod.* Plures, quam duos, ac minimum tres mutuo ſubſtitutos finxi; nam fruſtra quaeras de partibus, ſi, quod fecit Theophilus, duos tantum heredes ponas.

§. III. Fit interdum, ut teſtator heredi ſubſtituat coheredem, huicque alium, qui non eſt in numero heredum. Ecce tibi formulam, *Titius & Maevius heredes ſunto: ſi Titius heres non erit, heres eſto Maevius: ſi Maevius heres non erit, heres eſto Gajus*. Hoc caſu deficientibus heredibus *ad utramque partem ſubſtitutum admitti*, *Divi Severus & Antoninus ſine diſtinctione reſcripſerunt*, §. 3. *h. t.* Ait Trib., ad utramque partem ſubſtitutum admitti. Num jure ſubſtitutionis, an adcreſcendi? Certe jure ſubſtitutionis; Julianus enim in *L.* 27. *h. t.*, *Si Titius*, inquit, *coheredi ſuo ſubſtitutus fuerit, deinde ei Sempronius; verius puto, in utramque partem Sempronium ſubſtitutum eſſe*; h. e. in alteram expreſſe, in alteram tacite.

cite. Nullum in propoſita ſpecie habere locum poteſt jus adcreſcendi; nam ſi poſſet, Titii pars aut Maevio adcreſceret, aut Gajo: ſi Maevio, jam hic fingeretur extitiſſe heres ex parte ſua, *L. un.* §. 10. *C. de cad. toll.*: quod vero adeunte hereditatem eo, cui ſubſtitutus eſt datus, ſubſtitutio protinus expirat, *L.* 5. *C. de imp. & al. ſubſt.*, pars Titii neutiquam poſſet deferri Gajo, cui nec Maevii portio poteſt amplius deferri: ſi Gajo, prorſus ſupervacanea eſſet Conſtitutio Severi & Antonini; ſi enim nihil operari ſubſtitutio debebat, quid erat neceſſe ponere ſubſtitutum Titio Maevium, quum etiam ſi non eſſet hic illi ſubſtitutus, Titii pars adcreſceret item Gajo? Quod igitur Maevius ſubſtitutus eſt Titio, id facit, ut Gajus Maevio expreſſim ſubſtitutus, per ipſum Maevium, & eodem jure, quo Maevius, Titio ſubſtitutus intelligatur. Permagni autem intereſt Gaji ad partem Titii venire jure ſubſtitutionis; nam ſi fingas, teſtatorem ſcripſiſſe, *Titius, Maevius, & Sempronius heredes ſunto: ſi Titius heres non erit, heres eſto Maevius: ſi Maevius heres non erit, heres eſt Gajus*; hoc caſu deficientibus Titio, & Maevio, Gajus jure adcreſcendi haud excluderet Sempronium, excludit vero ſubſtitutionis, quod potius eſt jure adcreſcendi, *L.* 2. §. 8. *de bon. poſſ. ſec. tab.* Jam quorſum ait Trib., *ſine diſtinctione*? Verba haec male omiſſa a Theophilo nihil referre probant, num coheres ſubſtitutus poſt inſtitutum, an ante decedat: quod explicatius tradit Papinianus in *L. coheredi* 41. *pr. h. t.* De Scaevolae loco in ſpeciem contrario in *L. qui habebat* 47. *eod.* dixi *Obſ. V*, 19.

TITULS XVI,

De pupillari ſubſtitutione.

PR. §. II. IV. V. VII. VIII. & IX. *Moribus* introductum ajunt Ulp. *L.* 2. *pr. de vulg. & pupil.*, ac Trib. *pr. h. t.*, ut liberis impuberibus, qui teſtari per aetatem non poſſunt, parentes faciant teſtamentum, donec maſculi ad XIV. annos perveniant, feminae ad XII.: quodque de liberis jam natis, idem de poſtumis jus eſt, §. 4. *h. t.*: quo ſpectat exemplum foetus, cui ſubſtitutus fuerat datus, a muliere Mileſia per mala medicamina abacti in *L. Cicero* 39. *D. de poen.* Mores ſunt jus natum ex interpretatione Prudentum moribus utentium comprobatum. V. dicta in *Hiſt. jur. p.* 10. Legibus XII. Tab. patriſam. datum ſuper re *ſua*, tutelave *ſuae* rei legare: ſed qui teſtamentum filiofam. ſcribit, magis de aliena, quam de ſua re legat. Ne vero impuberes adgnatorum inſidiis paterent, Prudentes eorum utilitati ſtudentes τὸ *ſuum* in XII. Tab. ita ſunt interpretati, ut comprehenderet etiam filiosfam., tanquam rem patris: unde & mancipari poterant, & jure Quiritium vindicari, *L.* 1. §. 4. *de R. V.*: ſicque dederunt patri, ut quemadmodum filiofam. impuberi tutorem ſcribere teſtamento poterat, ita & poſſet heredem. Ergo eum, cui ſubſtituitur, eſſe impuberem, & in poteſtate, neceſſe eſt. Quod eſt impubes, id facit, ut teſtetur pro eo alius: quod in poteſtate eſt, id facit, ut qui de re ejus teſtatur, quodammodo de ſua videatur teſtari. Hoc plus

Digitized by Google

plus eum in familia primum obtinere gradum, eſt opus; fruſtra enim adſcribas heredem ei, qui te mortuo in poteſtatem patris eſt recaſurus, *d. L.* 2. *pr.* Horum conſectaria ſunt, non poſſe patrem aut liberis puberibus, quos in poteſtate habet, aut impuberibus, quos non habet in poteſtate: nec poſſe matrem, cujus nulla civilis poteſtas eſt, liberis ſuis facere teſtamentum, §. 9. *h. t.*, *d. L.* 2. *pr.*, & *L. verbis* 7. *eod.* Puberi, aut extraneo heredem dare, militis privilegium eſt, de quo in *L. Centurio* 15. *h. t.*, & L. *miles ita* 41. §. 4. *de teſt. mil.* Tabulae *pupillares* a matre ſcriptae in L. *ſi mater* 33. *h. t.* non ſunt tabulae, quibus filio pupillariter eſt ſubſtitutum; ſed quibus filius pupillus ſcriptus eſt heres. Subſtitutionis pupillaris formula haec eſt *pr. h. t.*, *Filius meus heres mihi eſto: ſi heres erit, & prius moriatur, quam in ſuam tutelam venerit, Sejus heres eſto.* Τὸ *filius heres mihi eſto* adſcriptum a Triboniano eſt ſecundum id, quod frequentiſſis accidit: de reliquo neceſſarium non eſt fieri heredem. Praeteriri quidem non poteſt, namque eo praeterito inutile eſt teſtamentum, *L. inter* 30. *de lib. & poſt.*; at recte poteſt ſcribi exheres: quo caſu ad ſubſtitutum pupillarem pertinent, quae poſtea ex hereditatibus, legatis, donationibuſve propinquorum, amicorumve filio obvenerunt, §. 3. *h. t.*; *neque enim ſuis bonis teſtator ſubſtituit, ſed impuberis*, verba ſunt Ulpiani in *L. ſed ſi plures* 10. §. 5. *h. t.*: quorum ſententia haec eſt, ſubſtituere teſtatorem liberis non tanquam heredibus, ſed tanquam conſtitutis in poteſtate, cujus jus exheredatione non ſolvitur. Obſtat illud Tryphonini in *d. L.* 41. §. 4., *Eaheredato miles & emancipato filio ſubſtituere poteſt: verum hoc jus in his exercebitur, quae ab ipſo ad eum, cui ſubſtituit, pervenerunt, non etiam in his, quae habuerit, vel poſtea adquiſierit.* Sed τὸ *exheredato*, quod huic §. initium facit, noviſſimum verbum §. antecedentis, uti pulcre conjicit Viglius in h. l.: eoque pertinere, ſententia ejus §. probat plus ſatis. Florentinus Liber, unde caetera Pandectarum exemplaria deſcripta ſunt, ita eſt ſcriptus, ut Libri olim Heracliti, quem σκοτεινὸν dixere, h. e. nullô ſpatio interpoſito inter unam, & alteram vocem. Hinc in diſtinguendis verbis atque orationibus ſaepe a librariis peccatum. V. Forſter. *De jur. interp. I*, 2. 20., Taurell. *Praef. ad Pand. Flor.*, A. Auguſtin. *Emend. I*, 4. & 5., & Gulielm. Beſt *De ratione emend. leg. c.* 1. Jure noviſſimo non poteſt impubes, niſi ſit pubertati proximus, exheres fieri, *Nov.* 115. *c.* 3. Quod ſi pater filium exheredet, alium ſibi ſcribere heredem debet; ſoli enim militi permiſſum eſt filio facere teſtamentum, non item ſibi. Quod alii liberis ſuis faciunt, adeo, niſi ſibi quoque fecerint, non valet, ut non adita hereditate paterna pupillare teſtamentum evaneſcat: & generaliter niſi valeat paternum, valere nequeat pupillare, §. 5. *h. t.*, ac *d. L.* 2. §. 1. *eod.* Hujus juris ratio eſt haec, quod *pupillare teſtamentum pars & ſequela eſt teſtamenti paterni*, *d.* §. 5.: unde & illud conſequitur, quod habet Ulp. *d. L.* 2. §. 4., debere patrem ſibi primum ſcribere heredem, tum filio, ac ſi converſo ſcripturae ordine ante filio, quam ſibi teſtamentum faciat, non valere. Sed videtur ſibi parum conſtare Ulpian us §. 5., ubi, *ſi quis* inquit, *ita fuerit teſtatus, ſi filius meus intra XIV. annum deceſſerit, Se-*

jus heres eſto, *deinde*, *Filius heres eſto*, *valet ſubſtitutio*, *licet converſa ſcriptura filii teſtamentum fecerit*. Mitto, ne longum faciam, quae de hac re in mentem venerunt Goveano *Var. I*, 8., & Charondae *Veriſim. II*, 13., ſicque ſtatuo cum plerisque, poſſe teſtamentum filii praeire, ſi unus ſit paternarum, pupillariumque tabularum contextus; tum enim nihil prius, nihil poſterius, ſed omnia ſimul acta cenſentur, nec ſcripturae, ſed ſucceſſionis ordo ſpectatur, *d.* L. 2. §. 6.: atque in hanc ſententiam accipi oportere locum Ulpiani in *d.* §. 5., formula ipſa ab eo propoſita nos monet: quod ſi vero alio tempore paternae, alio pupillares tabulae confectae ſint, has ſequi, tanquam acceſſionem, eſt opus: ſicque explicandus eſt Ulp. in *d.* §. 4. V. Robert. *Recept. lect. I*, 34. Hodie poſt *Nov.* 115. *c.* 3. teſtamento patris expugnato, pupillaris ſubſtitutio, legata, ac ſi qua alia praeter inſtitutionem teſtamento ſunt ſcripta, conſiſtunt. Hinc videtur poſſe colligi, in pupillari ſubſtitutione duo eſſe teſtamenta, alterum patris, alterum filii, aut unum teſtamentum duarum hereditatum. Diſputatum de hac re inter Sabinianos, & Proculejanos, putant Cujacius *Not. poſt.* in §. 4. *h. t.*, ac Merillius *Obſ. III*, 12., & in *Deciſ.* 27. Imp. Juſtiniani. Priorem opinionem Cujacius Proculejanis, Merillius Sabinianis affingit: poſteriorem hic Proculejanis, ille Sabinianis. Sed *CONSTARE* inquit Ulp. *d.* L. 2. §. 4., *unum eſſe teſtamentum*: id autem *conſtare* dicitur, quod extra controverſiam eſt. Ipſe Trib. *d.* §. 4. juris non controverſi indicium facit; namque ait, duo *quodammodo* eſſe teſtamenta, aut *certe* unum duarum hereditatum. *Certe* eſt unum, unique conveniunt falcidia una, L. *in ratione* 11. §. 5. *ac* L. *Fal.*, jus adcreſcendi inter eos, quorum uni in paternis, alteri in pupillaribus tabulis res eſt conjunctim legata, L. *plane* 34. §. 10. *de leg.* 1.: eadem diei legatorum ſive ab inſtituto, ſive a ſubſtituto datorum ceſſio, L. 1. & L. *heredis* 7. §. 3. & 4. *quando dies legat.*: numerus idem teſtium pro utriſque tabulis &c. At vero duplicis teſtamenti indicium faciunt duplex aditio, L. *apud Julianum* 11. §. 1. *ad Trebell.*, non idem contextus, L. *ſi quis* 16. §. 1. *h. t.*, jus patri datum faciendi teſtamenti filio per nuncupationem, ſibi per ſcripturam, vel contra, *L. patris* 20. §. 1. *eod.*, & alia nonnulla. In perſequendis iis, quae uni, aut duplici teſtamento conveniunt, multus eſt Hotomanus, quem adi. Vere teſtamentum eſt unum, hereditas duplex: deque ea re inter omnes convenit. V. Maſcov. *De ſect. Sabin. c. IX. n.* 2. Superius deſcripta verba, *filius meus heres mihi eſto*, unum impuberem filium ponunt. Quid ſi plures ſint? Liberum patri eſt vel ſingulis ſubſtituere, ſi neminem velit decedere inteſtatum: vel ei, qui eorum noviſſimus morietur impubes, ſi malit, jus legitimarum hereditatum integrum cuſtodiri inter eos, §. 6. *h. t.*, & L. *vel ſingulis* 37. *eod.* Idem eſt autem ſingulis ſubſtituere, ac filios omnes ſubſtituere invicem, & ei, qui noviſſime deceſſerit, aliquem alium, L. *ſi pater* 25. *h. t.*: idemque itidem eſt noviſſimo impuberum ſubſtituere, ac duobus impuberibus inſtitutis adjicere, *ſi uterque impubes deceſſerit, ille heres eſto*: quae fuit opinio Sabini ſic facientis conjecturam, cogitaſſe patrem, *primo decedente*, *fratrem ſuum in ejus portionem ſuccedere*. Putabant quidem alii (fortaſſe Proculia-

Digitized by Google

culiani) alterutro decedente ſubſtitutum illico admitti in partem; ſed vicit tandem ſub Juſtiniano ſententia Sabini , *L. quum quidam* 10. *C. de imp. & al. ſubſt.* Senſerat jampridem cum Sabino Papinianus in L. *qui duos* 42. *h. t.* , nec , ſi Merillium audias , variavit in L. *heredes* 57. §. 1. *ad Trebel.* Vide a Merillio ſcripta in *d.* L. 10., quae una eſt ex Deciſionibus Juſtiniani. Poſt *Nov.* 118. *c.* 2. quoniam mater concurrit cum fratribus, ſi pater jus legitimarum hereditatum inter fratres integrum ſervat, etiam matri ſalvum id eſſe debet: proinde ad eum , qui noviſſimo eſt ſubſtitutus, eae tantum partes jure pertingunt, quae in hereditate fuint noviſſime defuncti. In formula, quam initio adſcripſi, τὸ *Sejus heres eſto* exemplum eſt ſubſtitutionis nominatim factae. Sed & poteſt impuberi ſubſtitui generaliter in hunc modum , *Quiſquis mihi heres erit* , *idem filio meo impuberi heres eſto* : quibus verbis vocari ex ſubſtitutione inquit Trib. §. 7. eos, *qui & ſcripti ſunt heredes* , *& extiterunt* , *& pro qua parte heredes facti ſunt*. Ait, *qui ſcripti ſunt*, h. e. non quiſquis patri heres extiterit, ſed qui extiterit *ex teſtamento*, uti loquitur Ulp. in *L.* 8. §. 1. *de vulg.*, i. e. ex certo judicio teſtatoris ; & ideo neque pater , qui per filium , neque dominus , qui per ſervum extitit , ad ſubſtitutionem admittetur: neque heredis heres , *quia non ex judicio venit* , *d.* §. 1. , h. e. non ex judicio certo : unde Paulus in *L. ſciendum* 70. *de V. S.* ideo heredem heredis ad ſubſtitutionem impuberis admitti negat , *quia incertus eſt* : ab herede autem incerto eſt cur ſibi metuat pupillus. Haec una eſt ex paucis ſpeciebus , quibus heredis appellatio proximum continet *d.* L. 70. Contrariam regulam habes in *L. heredis* 65. *eod.* Quod de patre ac domino dictum eſt, eos per filium & ſervum non admitti ad ſubſtitutionem, id ita eſt ab Accurſio acceptum, ſi hereditatem impuberis eo nomine ad ſe pertinere arbitrentur, quod hereditas patris apud eos ſit, ſine ullo novo filii, ſervive facto. Non penes quem ea hereditas ſit, ſed quis ſit ſcriptus heres, inſpiciendum. Ergo ſi filius, ſervuſve de poteſtate exiit, ſibi, eive, cujus juri ſubeſſe coeperit, adquiret: ſi in eadem cauſſa permanſerit, adquiret quidem patri aut domino, ſed novo facto, *L. quum filio* 3. *de vulg.* Ait porro, *& extiterunt*, ſubaudi *ex inſtitutione*, uti Ulpianus inquit, *d. L.* 8. *pr.*; nam non alias exiſtere heres dicitur, quam ſi adierit hereditatem : quo fit, ut patri heres ſcriptus , ac filio impuberi ſubſtitutus repudiata patris hereditate fruſtra contendat ad hereditatem pupilli , quaſi defectus conditione, *d. L.* 8. *pr.* Demum ait, *& pro qua parte heredes facti ſunt* : quod idem tradit Ulp. *d. L.* 8. §. 1.: atque huc pertinet regula ſuperiore tit. propoſita , videri teſtatorem , quas partes in inſtitutione expreſſit, eas dediſſe in ſubſtitutione . De ſubſtitutione nominatim facta aliud jus eſt ; nam poſſunt patri non ſcripti heredes impuberi nominatim ſubſtitui: ſcripti autem , licet paternam hereditatem repudient, recte admittuntur ad pupillarem , niſi ſi quis ſub conditione, *ſi heres erit*, ſcribatur , *d. L.* 8. *pr.* , & *L.* 10. §. 3. *eod.* Denique nominatim ſubſtituti viriles partes ferunt ſecundum ea , quae de nominibus propriis tradita ſunt tit. praec. *p.* 133. In eadem illa ſubſtitutionis formula ſcriptum eſt , *& prius moriatur* , *quam in ſuam tutelam venerit* : Apud Latinos & ma-

per adoptionem 17. §. 1. *de rit. nupt.*, *L.* 2. *C. Th. de ſec. nupt.*, & *Nov.* 22. *c.* 2. Metuendum pupillis eſt ab inſidiis heredipetarum (*a*) Mulierem, quod accepta ab heredibus ſecundis pecunia partum abegiſſet, capite damnatam ſcribit Cicero apud Tryphoninum in L. 59. *de poen.* Tutorem, quod pupillum, cui fuerat ſubſtitutus, veneno enecuiſſet, juſſu Galbae in crucem actum, narrat Suetonius in *Galb. c.* IX. Hinc neſaria illa ſubſtituti vota in Perſii *Satyra II*, *v.* . . *Pupillumve utinam*, *quem proximus heres Impello expungam*. Adde his Horatiana quaedam ex *Sat. V. Lib. II. v.* 49., quaeque de pupilli educatione apud ſubſtitutum non ſine Praetoria cognitioue permittenda habet Ulpianus in L. 1. §. 1. *ubi pup. educ.* Ad declinandas igitur heredipetarum inſidias, ſalubre conſilium eſt, vulgarem quidem ſubſtitutionem palam facere, & *in primis teſtamenti partibus*; vivo enim patre ſubſtitutus vulgaris ſtruere inſidias filio non poteſt, quia patre vivo quid ſit teſtamento ſcriptum, ignorat: mortuo etiam patre non poteſt, quia filio herede exiſtente ſubſtitutio ipſa expirat; pupillare vero *in inferioribus partibus*, eamque partem *proprio lino*, *propriaque cera conſignare*, & in *priore teſtamenti parte* cavere, ne *inferiores tabulae* vivo adhuc & impubere filio aperiantur; ita enim, quum obſcura ſit pupillaris ſubſtitutio, non eſt, qui inſidias paret. Hoc conſilio uſus eſt Julius Phoebus teſtator apud Paulum in *L. ult. ad S. C. Trebel.* Sed multo ſalubrius eſt conſilium Balduini teſtatorem admonentis, ut in primis teſtamenti partibus adjiciat, alium eſſe pupillariter ſubſtitutum, ita enim nulla ſubſtituto ſpes eſt reliqua in morte pupilli: alioqui vulgaris pupillarem tacite contineret *L. jam hoc jure* 4. *h. t.* *Inferiores partes*, ſeu *tabulae* apud Trib. ſunt omnino idem, atque *extrema pagina* apud Gajum: idemque ſunt *ima*, vel *noviſſima pars teſtamenti* in *L. codicillis* 34. §. 1. *de uſu & uſufr. leg.*, & in *L. Lucius* 56. *de fideic. lib.*, & *extrema* vel *ima cera* apud Tullium, Suetonium, alioſque Latinos auctores. Duae pluresve ut plurimum erant tabulae teſtamenti. Prima verſu primo nomen teſtatoris, ſecundo habebat nomen heredis primo gradu ſcripti: unde Horatianum illud Sat. II, 5. 35. . . . . . . *quid prima ſecundo Cera velit verſu* tantidem eſt, ac *qui & quot primo loco ſcripti ſint heredes*: ſecunda vero heredes ſecundos, ſeu ſubſtitutos. Egregie de hac de Jac. Loenſis *Miſcell. V*, 6. & Salmaſ. *De mod. uſur. c.* XI. Linum & cera ad obligandas obſignandaſque tabulas adhibebantur. Lino veluti vinculo pertuſae tabulae obligabantur: unde *epiſtolae vincula* apud Corn. Nepotem in *Pauſan. c. IV. n.* 1., & Gurtium *VII.*, 2. 25. tum cera lino impoſita obſignabatur. Plaut. *Bacchid. IV*, 4. 92. Spectat huc S. C. Neronianis temporibus factum, ne tabulae niſi pertuſae ac ter lino per foramina trajecto obſignarentur, de quo Suet. in *Neron. c.* XXII. *n.* 1., *Sent. V.* 25. 6.

(a) *De his latiſſime Leyſerus Vol. VI. ad D. ſpec.* 375.

ſi quis adoptaverit ea adoptione, quae olim per Praetorem fiebat. Huic ſimiles dicendi modi ſunt apud Latinos non rari. Rumpitur etiam teſtamentum poſteriore teſtamento, *d.* §. 2. *h. t.*, ac *d. L.* 1. *de injuſt. rupt.*; eſt enim ambulatoria voluntas defuncti uſque ad vitae ſupremum exitum, L. *quod ſi* 4. *de adim. leg.* Ex arte juris Civilis ſcripta ea Lex eſt ab Auctore Declamationum *Decl.* 308., *Teſtamenta ultima rata ſint*. Herodes Antipas, qui apud Joſephum II, 4. praevalere prius teſtamentum contendit, cauſſae ſervit ſuae, atque acumine abutitur contra veritatem. Quod prius teſtamentum *toto jure teſte*, uti ait L. 19. C. *de teſtam*, i. e. apud Principem eſt factum: quod is, qui ex poſteriore poterat heres exiſtere, non extitit, ſive quia noluit heres eſſe, ſive quia ante obitum teſtatoris, aditamve hereditatem deceſſit, aut conditione inſtitutioni appoſita (c) *defectus eſt*: quodque clauſula derogatoria priori inſerta, non eſt in poſteriore ſpecialiter revocata; haec non faciunt, ne prius rumpatur, *d. L.* 19., *L. pater.* 54. *de her. inſt*, *d.* §. 2. *h. t.*, ac *L. ult. pr. de leg.* 2. Specialem clauſulae derogatoriae revocationem requiſiere Pragmatici, quorum opinio dominatur in foro: ſed Cujacio *Obſ. XIV*, 7., & quum primis A. Fabro *De err.* XXXVII, 7. jam ſatis poenarum dederunt. Poſterius teſtamentum eſſe debet jure perfectum, *d.* §. 2.: quumque heredis inſtitutio ex parte certa jure conſiſtat, quaſi is ex aſſe ſit inſtitutus, §. 5. ſup. *de her. inſt.*, patet, poſteriore teſtamento, quo ex parte certa ſcriptus eſt heres, prius ipſo jure tolli: niſi poſteriore ſit expreſſum, velle teſtatorem etiam prius valere: quo caſu heres poſteriore teſtamento ſcriptus rebus ſibi datis contentus, aut ſuppleta *quarta ex Lege Falcidia* heredibus priore ſcriptis hereditatem reſtituet ex fideicommiſſo: uti Severus & Antoninus Coccejo (*d*) Campano reſcripſerunt in L. *ſi quis* 29. *ad Trebel.*, & §. 3. *h. t.* Quam dicunt Impp. *quartam ex L. Falcidia*, ea eſt *Trebellianica*. Eadem κατάχρησις eſt in *L.* 1. §. 19. *ad Trebel.*, aliiſque multis ejus Tituli locis. Poſteriore non jure facto prius jure factum non tolli, comprehenſum eſt Oratione Imp. Pertinacis, ſeu S. C. ſub Pertinace facto, cujus meminere Tribonianus in §. 6. *h. t.*, & Capitolinus in *Pertin. c. VII.* Et vero quum unumquodque eo genere diſſolvi debeat, quo eſt colligatum, *L. nihil* 35. *de R. J.*, certam ſollennemque hominis voluntatem certa item ſolennique voluntate contraria infirmari neceſſe eſt. Hinc quum teſtator poſterioribus tabulis heredes inſtituiſſet, quos non poterat, h. e. qui jus capiendi non habebant, priores eſſe ruptas, negavit Papinianus in *L. quum quidam* 12. *de his, quae ut indign.* Idem dices, ſi qua alia de cauſſa poſterius teſtamentum non valet, dum tamen quo tempore conditur, cum vitio fiat, non ſi vitium

ex

(c) *Ita legendum in* §. 2. *h. t. Faceſſat hinc* τὸ defunctus, *quod quidam ſubſtituunt*. Defici conditione *tam ſaepe dictum a Juriſconſultis, ut fruſtra ſit teſtato agere in hac re*. Conſilio, annis, viribus defici *dixere Tullius pro Cluent.*, *Phoedrus* I, 21. 3., *& Quintilianus Inſt. Orat. Lib. IV. pr.*

(d) *In L. ſi quis* 29. *ad Trebel. male dicitur* Cumpanus. *V. A. Auguſtin. De nom. propr. D. c. III.*

Digitized by Google

ex poſtfacto, & extrinſecus accedat, ut ſi teſtamentum deſtituatur. Multo minus infirmari prius teſtamentum poteſt nuda voluntate contraria *d.* §. 6.; namque haec multo minus ſolennis, ac certa eſt, quam poſterius teſtamentum non perfectum. Et quidem quum potuerit teſtator tabulas incidere, ſigna revellere, aut tale quid facere, quo ſe mutaſſe voluntatem apertiſſimis rerum argumentis oſtenderet; nec tamen fecerit, non liquere viſum Prudentibus, teſtatorem in nuda voluntate contraria ad extremum uſque vitae momentum perſtitiſſe. Succeſſit Honorii ac Theodoſii Conſtitutio in *L. 6. C. Th. de teſtam.*, ut teſtamentum ſolo decennii lapſu revocatum intelligeretur, etiamſi nihil contra feciſſe aut ſenſiſſe teſtatorem conſtaret. At vero eam ſane abſurdam Conſtitutionem abrogavit Juſtinianus in *L. 27. C. de teſtam.*, ubi cautum, ſolo decennii decurſu teſtamentum non tolli, niſi aperte teſtator coram tribus ſaltem teſtibus poenituiſſe ſe teſtamenti ſui affirmaverit: ut proinde nec ſine contraria voluntate lapſus decennii, nec ſine decennii lapſu contraria voluntas ſit ſatis. Jure ſingulari poſterioribus militum teſtamentis ut ut imperfectis reſcinduntur priora quamvis perfecta, nam teſtamenta jure militiae nuda voluntate perficiuntur, *L. tunc 2. de injuſt. rupt.*, *L. ejus 44. §. 2. de teſt. mil.* Eſt & illud cautum in gratiam liberorum, ut inter hos facta a parentibus utriuſque ſexus teſtamenta, licet imperfecta, rumpant priora, *d. L. 2.*, & *L. 21. §. 1. C. de teſtam.*: nec illa alias rumpantur, quam ſi poſterioribus rite factis nominatim fuerint revocata, *Nov. 107. Auth. hoc inter C. eod.*

§. IV & V. Irritum fieri dicitur teſtamentum, *quum is, qui facit teſtamentum, capite deminutus ſit*, §. 4. *h. t*, & *L. ſi quis 6. §. 8. de injuſt. rupt.*, quia *in eum caſum res pervenit, a quo incipere non poteſt*, ut in ſimili ſpecie ait Marcianus in *L. 16. ad L. Aquil.* Quod autem capitis deminutio, quae ex poena eſt, puta ex deportatione, ſtatim poſt ſententiam contingit, *L. rei 2. §. 1. de poen.*, teſtamentum ſtatim poſt ſententiam fieri irritum vides. At quid illud eſt, quod ſcribit Ulp. in *d. L. 6. §. 7.*, *Ejus, qui deportatur, non ſtatim irritum fiet teſtamentum, ſed quum Princeps factum comprobaverit; tunc enim & capite minuitur?* Pertinere locum hunc ad jurisdictionem Praeſidis probant, quae continuo ſubdit Ulp., *Sed & ſi de Decurione puniendo Praeſes ſcribendum Principi interloquutus ſit*: Praeſidi vero quamvis jus eſſet ultimo ſupplicio animadvertendi, *L. illicitas 6. §. 8. de off. Praeſ.*, non erat tamen jus deportandi in inſulam, *L. inter 6. §. 1. de interd.*, uti nec Conſuli jus relegandi, *L. relegatus 14. §. 2. eod.*: quod videri mirum non debet: quum enim merum imperium Lege detur, *L. 1. §. 1. de off. ejus, cui mand.*, ea Magiſtratus habet, quae Lex ſpecialiter dedit; nec ſi majora dederit, ideo dediſſe minora intelligitur, uti ſcite Cujacius in *tit. C. ne ſine juſ. Princ.*(e) Nunc ſi habe. Capitis deminutio ex deportatione ſtatim poſt ſententiam contingit, ſi ſit haec ab eo Magiſtratu prolata, qui jus habet deportandi: ſi quis vero Magiſtratus interloqui tantum poſſit Principi de reo depor- tan-

(e) *Hotomanum ac Merillium jus deportandi Praeſidibus aſſerentes refutavimus Obſ. V, 4.*

tando ſcribendum, non ante contingit, quam fuerit factum a Principe adprobatum. Id praeclare confirmant verba illa Ulpiani in *d.* L. 2. §. 1. *de poen.*, *Conſtat, non prius amittere quem civitatem, quam Princeps deportatum in inſulam ſtatuerit: Praeſidem enim deportare non poſſe, nulla dubitatio eſt. Sed Praefectus Urbi jus habet deportandi, ſtatimque poſt ſententiam Praefecti amiſiſſe civitatem videtur.* Quod ſi vero teſtamenta, quae capitis deminutione irrita facta ſunt, ſolennia Praetoris habeant, h. e. ſi ſeptem teſtium ſignis ſignata ſint, ac ſi porro teſtator civis Romanus, ſuaeque poteſtatis fuerit tempore mortis, ea tuetur Praetor accommodata heredi ſcripto bonorum ſecundum tabulas poſſeſſione, §. 5. *h. t.*: qui locus bonum interpretem deſiderat; primum enim noſſe oportet, referre, num quis poſt factum teſtamentum ſe ſe dederit adrogandum, an mediam, maximamve capitis deminutionem ſit paſſus. Priore caſu non alias accomodabitur heredi ſcripto bonorum poſſeſſio, quam ſi teſtatoris ſui juris effecto *voluntas, quae defecerat, judicio recenti redierit*, uti pereleganter Papinianus in L. *qui ex liberis* 11. §. 2. *de bon. poſſ. ſec. tab*, h. e. ſi declaravetit ille codicillis, aliiſve literis, velle ſe eodem teſtamento mori unde ſupplendum illud Pauli in L. *conficiuntur* 8. §. 3. *de jur. cod.*, *Si poſt factum teſtamentum quis adrogandum ſe praebuerit, atque emancipatus deceſſerit, teſtamentum valet*: poſteriore caſu novo teſtatoris reſtituti facto nihil eſt opus. Ita ſe rem habere in hac cauſſa, nos tacitus admonet Papinianus, namque in priore caſu novam animi ſignificationem ideo requirit, quia teſtator ipſe ſe fortunaſque ſuas transtulerat in familiam domumque alienam, quaſi dicat, voluntario illo in alienam familiam tranſitu videri teſtatorem poenituiſſe teſtamenti: quae ratio deficit in quavis media, maximave capitis deminutione. Deinde quod de teſtamento irrito facto tradit *d.* §. 5. Tribonianus, id eſt etiam rupto commune, ſi aut teſtator *ſupremas tabulas incidit, ut priores ſupremas relinqueret*: quam ſpeciem ponit Papinianus in *d.* L. 11. §. 2., aut *ſi poſtumus praeteritus vivo teſtatore natus deceſſit*: quam ponit Ulp. in L. *poſtumus* 12. *de injuſt. rupt.* Ait, *vivo teſtatore*; nam ſi poſtumus mortuo teſtatore natus, continuo decedat, quum jam ſemel ab inteſtato factus ſit heres, reſtitui a Praetore teſtamentum amplius non poteſt: quo ſpectat L. 2. *de poſt. her. inſt.*

§. VII. Ultimo hoc §. proponit Trib., quod eadem illa Oratione, de qua modo dictum, Pertinax profeſſus eſt, *non admiſſurum ſe hereditatem ejus, qui litis cauſſa Principem reliquerit heredem, neque tabulas non legitime factas, in quibus ipſe ob eam cauſſam heres inſtitutus erat, probaturum: neque ex nuda voce heredis nomen admiſſurum: neque ex ulla ſcriptura, cui juris auctoritas deſit, aliquid adepturum*. Adde locum Capitolini in *Pertin. c. VII.* Quod Pertinax, idem profeſſi ſunt, reque ipſa praeſtiterunt boni Principes Auguſtus, Tiberius, Hadrianus, Trajanus. V. Suet. in *Aug. C. LXVI.*; Tacit. *Annal. II*, 48. Spartian. in *Hadrian.*, & Plin. *Panegyr. c. XLIII.* Et quamquam *Legibus* (puta civilibus) *ſolutos* ſe eſſe intelligerent, *Legibus tamen vivebant*: quod a Severo & Antonino ſaepe reſcriptum, ſubdit Tribonianus. Pulcre exornant hanc ſententiam Fornerius *Rer. quot. II*, 8., Ferandus Adduenſis *Explicat.* II, 3., & Gundlingius

Digitized by Google

Diſſ. De Principe herede c. IV. Longe alia mens fuit malorum Principum Caligulae, Domitiani, Commodi. Suet. in *Calig. c.* XXXVIII., & in *Domit. c.* XII. Lamprid. in *Commod.* Et fortaſſe flagitioſa Commodi deceſſoris avaritia Orationi Pertinacis cauſſam dedit. Principem facere heredem *litis cauſſa* eſt eo Principem ſcribere heredem, ut translata in eum lite adverſario incommodetur: cujus rei exemplum eſt apud Ammianum Marcellin. XVIII:, 5. Ob malam iſtam ſuſpicionem boni Principes donatas ſibi lites ſuſcipere nunquam ſuſtinuerunt. V. L. *res, quae* 22. §. 2. *de jur. fiſc.*, & L. 2. *ne fiſc. vel reſpubl.* Τὸ *ob eam cauſſam* referendum eſt ad *tabulas non legitime factas:* quod verbum praeit. Ita duo Pertinax eſt profeſſus, nec probaturum ſe tabulas legitime factas, quibus ipſe litis cauſſa ſcriptus eſſet heres, nec probaturum non legitime factas, quibus eſſet item ſcriptus heres *ob eam cauſſam*, h. e. ideo quia minus legitime erant factae, ut eas ipſe lucri ſtudio tueretur. *Nuda vox* apud eundem Tribonianum eſt quod Capitolinus ibid. vocat *adulationem*. Multi ut Principi blandirentur, deſtinaſſe ſe ajebant herede Caeſare mori: nec deerant, qui affirmarent, audiviſſe ſe a teſtatoribus, heredem ſibi Caeſarem eſſe: quibus nudis vocibus Caligulam, ac Domitianum abuſos, Suetonius narrat. Scripta in hunc §. ab A. Fabro *De err.* LXVIII, 3. & 4. incudi reddidimus *Obſ. V, 6.*

TITULUS XVIII.

De inofficioſo teſtamento.

PR. Tit. Nunc de teſtamento, quod propoſita actione, ſeu *querela*, quae dicitur *inofficioſi*, Judex ſententia reſcindit, Inofficioſum appellatur, quia non ex officio pietatis eſt factum, L. 2. *de inoff.*, & *pr. h. t.* Non omnis autem officii omiſſio locum facit querelae, ſed tantum ejus, quod liberis, parentibus, aut fratribus debetur, ut mox latius. Quod vero teſtamentum, ut ut inofficioſum, recte fit, *d.* L. 2., ac *d. pr.*, ejus reſcindendi cauſſa colorem induci oportuit furoris cujuſdam & dementiae teſtatoris. Huc pertinent Æbutiae *tabulae furoris plenae* apud Val. Max. VII, 8. 2. Color ad reſcindendum recte factum eſt ſatis: verus furor facit initio nullum, *d.* L. 2. ac *d. pr.* Duarenum & Cujacium, quorum ille originem querelae repetit a Conſtitutionibus Imperatorum, hic a Lege quadam *Glicia*, cujus Liber Florentinus meminit in epigraphe L. 4. *de inoff.;* ejus coloris argumento, ut (a) deſint alia, ſatis refelles. Leges colore non indigent. Eo habent opus, qui jus condendae Legis non habent:

(a) *Sed & alia non deſunt. Querela antiquior Imperio eſt. Cic. in Ver.* I, 42. *De Glicia Lege omnia incerta, auctor, aetas, ſententia, ipſum nomen Legis; namque unus ille Florentinus* Gliciam, *aliorum Codicum nonnulli* Liciam, *nonnulli* Leuticam, *ſeu* Lenticam, *plerique* Falcidiam *dicunt. Bynk. Obſ.* II, 12. *Nec illud omittam, quum Gliciorum cognomen familiae nomen ſit, non gentis, potius* Glicianam *dici oportuiſſe exemplo Juliae Norbanae, ceterarumque Legum, quarum nomina a cognominibus facta.*

Digitized by Google

bent: hinc eo quandoque uſi Prudentes, multo ſaepius Praetores aliquid inducentes praeter jus. V. Grot. *Fl. ſparſ. ad d. L.* 2., & Noodt. *Probab.* III, 12. Sed nec ea eſt ex Edicto Praetoris, ut viſum Pithoeo in *Collat.* LL. *Moſaic.* XVI, 3.; nam Praetoriae actiones, quae rei perſequutionem continent, ſi quid jure Civili ratum reſcindunt, poſt annum non dantur, *L. in honorariis* 35. *de obl. & act.*: at vero querela inofficioſi quinquennio finitur, *L. ſi autem* 9. *h. t. Praetoria actio* apud Paulum *Sent. IV*, 8. 5., qui locus fraudi fuit Pithoeo, Praetoria ſive poſſeſſoria hereditatis petitio eſt, de qua dicendum *Lib. IV. tit.* 12. V. Schulting. in d. Pauli loc. Reſtat igitur, ut querelam hanc acceptam feramus Juriſconſultis, qui latiſſimam poteſtatem Lege XII. Tab. teſtatoribus tributam interpretatione coanguſtarunt, *L. verbis* 120. *de V. S.*; quod enim parentes ſive *novercalibus delenimentis, inſtigationibuſve corrupti*, uti Gajus loquitur in L. *non eſt* 4. *h. t.* (cujus rei exempla proſtant apud Val. Max. VII, 7, ac Reineſ. *Inſcript.* I, 10.) ſive alio motu perciti quandoque liberos immerenter exheredabant, aut praeteribant, aequum bonum videri coepit Juriſconſultis, remedio aliquo illis ſuccurri, quod verecundo vocabulo *querelam* dixerunt. Queruntur, qui exequi jure non poſſunt injuriam. Sen. *de tranq. II*, 10. Agere cum domino ſervus non poteſt: queri tamen poteſt de domino, L. 1. §. 8. *de off. Praef. Urb.* Hinc conjugales *querelae* in antiquis titulis. Sed poſtquam per Conſtitutiones Imperatorum coepit ea eſſe juris ordinarii, *actio* etiam eſt dicta. Olim cauſſas iſtas tranſegiſſe (b) Centumviros ex bono & aequo, nec, dum Romana ſtetit Reſp., furoris colorem coepiſſe obtendi: tandem, arbitrio Centumvirorum in morem verſo, primum uſos eo colore Juriſconſultos, monent nos rerum judicatarum exempla, quae Val. Maximus congerit loc. cit. Inſtituta primum fuit querela liberorum gratia, quibus ratio naturalis, quaſi lex quaedam tacita, parentum hereditatem, velut debitam addicit, uti Paulus loquitur in L. *quum ratio* 7. *de bon. damn.* Et nunc maxime liberis competit, ſi quando eos parentes ſine cauſſa *exheredant*, vel *omittunt*, *d. pr.* Τὸ *exheredant* referendum eſt ad omnes parentes: τὸ *omittunt* ad matrem, alioſve per matrem adſcendentes. Exheredatis ſine cauſſa quum a patre, tum a matre beneficio querelae ſuccurritur, nam teſtamentum valet, nec aliud ſuppetit remedium juris: a patre praeteritis ſive ſint in poteſtate, ſive non, querela non datur, nec quidquam cauſſae eſt, cur detur; nam ſi in poteſtate ſunt, teſtamentum initio eſt nullum: ſi non ſunt in poteſtate, ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas admittuntur, *pr.* & §. 3. ſup. *de exher. lib.*

§. I. Exemplo liberorum data dein fuit querela etiam parentibus exheredatis, aut, quod in linea parentum eſt prorſus idem, omiſſis, §. 1. *h. t.*, L. 1. & L. *pater* 14. *eod.* Cogitari primum oportuit de liberis, qui ſecundum naturae ordinem, & ex voto etiam parentum ſupereſſe parentibus debent: quod vero interdum *turbato*, ut in L. 15. *h. t.* Papinianus inquit, *ordine mortalitatis*, & contra votum parentum (c) liberi prae-

 mo-

(b) *V. dicta h. Lib.* II. *p.* 313.

(c) *Hinc tralatitia illa in antiquis inſcriptionibus*, Mater infeliciſſima con-

moriuntur, fecit ratio *miſerationis*, ut ſecundo loco de parentibus cogitaretur, L. *ſcripto* 7. §. 1. *ſi tab. teſt. nul.* Sed non aliis liberis parentibusve jus eſt querendi de teſtamento, quam quibus Lege, Edictove Praetoris jus eſt ſuccedendi ab inteſtato. Tandem cogitatum de fratribus & ſororibus germanis aut conſanguineis. Uterinos inoſſicioſi agere prohibuit Conſtantinus in L. 27. *C. h. t.* Eccur autem in proponenda querela potior fuit cauſſa parentum, quam fratrum, quum contra in ſucceſſione legitima horum potior, quam illorum cauſſa fuerit ante Novellam 118.? Multis laborat Vinnius de hac re, quam tandem in medium relinquit. Num parentes praetulit ratio illa miſerationis, quae in parentibus multo eſt major? Id mihi venit in mentem. At enim praemortuis etiam inteſtato liberis infeliciores ſunt fratribus parentes. Ita vero, ſed ubi praeteritis, exheredatiſve parentibus liberi teſtato decedunt, infortunio accedit injuria; quae parentibus illata eo eſt atrocior, quo plus illi parentibus debent; quam fratribus: atque haec ipſa injuria mirum quantum auget miſerationem. Jam fratribus, ſororibusve accuſandi teſtamenti jus datum non ἁπλῶς, ſed *turpibus perſonis ſcriptis heredibus*, *d.* §. 1., & L. 27. *C. h. t.* Aequum eſt viſum praelationem iſtam *contumelioſam*, uti eam appellat Valerius Max. VII, 8. 4., reſciſſo teſtamento vindicari oportere. Quae de fratrum querela ſubtiliter ediſſerit Joh. Water *Obſ.* I, 11., ſuſe expendi *Obſ. V*, 1. Cognatos, qui ſunt ultra fratrem, ſororemve, *melius facturos*, ait Ulp. L. 1. *h. t.*, *ſi ſe ſumtibus inanibus non vexarent*. Quod concurrunt hodie in ſucceſſione legitima cum parentibus fratres, cum conſanguineis uterini, & cum germanis germanorum praemortuorum filii; videntur poſſe concurrere etiam in querela. Sed magis eſt, ut tantum parentes, vel conſanguinei, germanive agant: vincentibus autem parentibus fratres, vincentibus conſanguineis uterini, vincentibus germanis germanorum praemortuorum filii concurrant in legitima ſucceſſione.

§. III. VI. & VII. Quamquam autem praeteritis, exheredatiſve remedio querelae fuerit conſultum, tamen non ipſa praeteritio, aut exheredatio querelae cauſſam dedit, ſed quartae ademtio per praeteritionem, exheredationemve, unde Ulpianus in *d.* L. 8. §. 8., quartam inquit ſufficere ad excludendam querelam. Sed ſolidam quartam relinqui neceſſe erat. Si minus relinquebatur, perinde licebat agere de inoſſicioſo, ac ſi nihil fuiſſet relictum: niſi moriens adjecit, ut ſi quid minus relictum eſſet, arbitratu boni viri compleretur, *L. 3. C. Th. h. t.* Verum Juſtinianus *ad verecundiam naturae*, uti loquitur Trib. §. 3. *h. t.*, i. e. ut reverentiam ſupremis hominum & maxime parentum judiciis debitam faceret ſalvam, quantum poſſet, non alias eſſe querelae locum voluit, quam ſi nihil penitus relictum ſit: quodque deeſt quartae, heredes condictione ex Lege, h. e., ex *L. omnimodo* 30. *C. h. t.* complere compelli, quamvis nihil ſit adjectum de arbitrio illo boni viri. Porro poterat olim quarta hereditatis, legati, fideicommiſſive titulo relinqui, aut mortis cauſſa

do-

contra votum pietatis poſuit. Mors immatura fecit, ut parentes facerent filio contra ordinem. *Papinianeum illud* turbato ordine *legitur in titulo, quem ipſi Papiniano parentes poſuere. V. Bertrand. in Papin. p. m.* 10.

Digitized by Google

donari, §. *6. h. t.*, ac *d. L.* 8. §. *6.* Num donari poterat etiam inter vivos? Ceſſabat ante Juſtinianum querela, ſi fuerat inter vivos donatum ea contemplatione, ut in quarta haberetur, *L. ſi non mortis 25. h. t.* Verum id certis tantum *caſibus* ab Juſtiniano admiſſum, inquit Trib. *d.* §. *6.* Juſtiniani Conſtitutio non eſt *L. pen.* §. 1. *C. de collat.* ut viſum Cujacio, quem ſolide refellit Bachovius in h. l., ſed *L. ſi quando 35.* §. 1. *C. h. t.*, ubi cautum, donatione inter vivos ea lege facta, ut donatum quartae loco eſſet, non excludi querelam, ne ita liberi pactionibus magis ad paterna obſequia adſtringi, quam meritis provocari viderentur. Unus ibi eximitur caſus, ſi is, cui donatum eſt, defuncti judicium adgnoſcens tranſegerit cum herede. Hic unus eſt caſus, quo ceſſat querela, & poterat generaliter exprimi; namque idem jus eſt, ſi defuncti judicium quoquo modo adgnoſcatur. Eum unum caſum plurativo numero exprimit Trib.: cujus loquutionis exempla bene multa apud Latinos occurrunt. Duo apud Trib. habes, alterum §. 14. *de her. quae ab int. Lib.* III., alterum hoc eodem §. ut mox. Demum quod liberi a parentibus, de quorum hereditate agebatur, dotis, donationiſve propter nuptias cauſſa accepiſſent, id non ſolum conferri (quod conſtituerat Leo in *L.* 17. *C. de collat.*) ſed & in quartam imputari ad excludendam querelam voluit Zeno in *L.* 29. *C. h. t.* Huc pertinet Tribonianeum illud, *vel aliis modis, qui (d) Conſtitutionibus continentur.* Male Otto Conſtitutiones illas eſſe ſeribit Conſtitutiones Zenonis in *d. L.* 17., ac *d. L.* 29.; nam *L.* 17. Leonis eſt, non Zenonis, eaque non de imputanda in quartam, ſed tantum de conferenda dote, aut propter nuptias, donatione loquitur. Eo plurativo numero una indigitatur Zenonis Conſtitutio in *d. L.* 29. Jure noviſſimo Juſtiniani non alias ceſſat querela, quam ſi ſolida portio legitima, aut ejus pars titulo hereditario ſit relicta. Satis eſt vel minimum eo titulo relinqui, ſalva condictione ex lege ad portionis debitae ſupplementum, *Nov.* 115. *c.* 3. 4. & 5. De iſtius quartae origine multae ſunt turbae. Diverſas interpretum ſententias collegit Joh. Water *Obſ.* I, 11. Ego cum Raevardo *De auſ. prud. c.* 12. eam a Prudentibus inductam reor exemplo falcidiae: unde *falcidia* pro legitima in *L.* 31. *C. h. t.* Non obturbat, quod quidam opponunt, vix potuiſſe tantum licere Juriſconſultis; nam quidni id licuit iis, quibus certe licuit exemplo legitimae adgnatorum tutelae tutelam inducere patronorum, quae itidem *legitima* appellatur? V. noſtras *jur. Obſ. V*, 23. Quartam iſtam adauxit Juſtinianus ad trientem, ſi liberi non plures ſint, quam quatuor ad ſemiſſem, ſi ſint plures, *Nov.* 18. *c.* 1. Et quemadmodum olim una uni, pluribuſve dabatur quarta ſubſtantiae totius, quae tum, ſi plures erant, pro virili dividebatur inter eos, §. 7. *h. t.*, ita nunc non pluribus quam quatuor unus datur triens? pluribus unus ſemis eodem modo dividendus, ita ut ſinguli trientem, ſemiſſemve ferant ejus portionis, quam fuiſſent ab inteſtato accepturi, *d. Nov. d. c.* 1.

§. II. IV. V. Sunt quidam in jure caſus, quibus ceſſat querela. Duos

(d) *Vulgo legitur* in noſtris Conſtitutionibus, *Sed certe τὸ* noſtris *ſubdititium eſt. V. Ev. Otton. in h. l.*

Duos proponit Trib. Alter eſt, ſi quis alio jure poteſt ad hereditatem venire, §. 2. *h. t.* Enimvero eſſe debet querela *ultimum adjutorium*, *L. ult. C. de lib. praet.* Romae quamvis liceret inofficioſa teſtamenta reſcindere, tamen laudi ducebatur ea ſilentio ac patientia honorare: quod multis collatis exemplis docet Valerius Max. *VII*, 8. Honeſtis viris perinde videbatur parentes accuſare furoris, ac *cineres* eorum *quietos eſſe non pati.* Val. Max. *VII*, 8. 4. Igitur Juriſconſulti tum demum dedere querelam, quum non aliud ſuppetit remedium juris. Hinc ante Conſtitutionem Juſtiniani in d. *L. ult.* queri filia praeterita de teſtamento patris non poterat, quia ſcripto heredi adcreſcebat, ſuo quidem in partem virilem, extraneo in dimidiam. Ulp. *Fragm. XXII*, 17., Paul. *Sent. III*, 4. Nec poteſt inofficioſi agere aut filius emancipatus praeteritus, aut impubes adrogatus; namque hic quartam habet ex Conſtitutione D. Pii: ille bonorum contra tabulas poſſeſſionem, *L. Papinianus* 8. §. 15., & *L. ſi ponas* 23. *h. t.* Regula juris eſt, ſi quis *communi auxilio*, *& mero jure munitus ſit*, *non debere ei tribui extraordinarium auxilium*, *L. in cauſſae* 16. *de minor.* Alter caſus eſt, ſi quis judicium defuncti probavit, puta legatum percipiendo, aut petendo ſive ſuo nomine, ſive alieno, ut ſi exheredatus petenti legatum ex teſtamento advocationem praebuit, procurationemve ejus ſuſcepit, *L. ſi pars* 10. §. 1., ac *L. ult. pr.* & §. 1. *h. t.*, videtur enim tacitus abrenunciaſſe querelae: *niſi id totum alii adminiſtravit*, *d. L.* 10. Adminiſtrat alii, qui officii neceſſitate coactus facit. Ita, ut exemplo utar Triboniani §. 4. *h. t.*, tutor teſtamento patris ſui exheredatus, ſi legatum pupillo relictum accepit, teſtamentum ſuo nomine dicere inofficioſum non prohibetur: & e contrario ſi nomine pupilli a patre exheredati de inofficioſo egit, & victus eſt, legatum ſibi eodem teſtamento relictum non deperdit, §. 4. & 5. *h. t.*, (e) *L. adverſus* 30. §. 1. *eod.*, non enim debent nobis tribui, quae ex officio facimus. Hodie, poſtquam placuit Juſtiniano in *Auth. ex cauſſa C. de lib. praet.* reſciſſo teſtamento inſtitutionem ſolam vitiari, ſalvis legatis, fideicommiſſis, dationibuſve tutorum, contra quam erat antea conſtitutum in *d. L.* 8. §. 16., rectiſſime monent Interpretes, ſi qui poteſt de inofficioſo agere, alii legatum petenti advocationem, procurationem, aliamve non neceſſariam operam praeſtiterit, non vetari eum ſuo nomine queri quaſi probato judicio teſtatoris: in quam ſententiam optimum argumentum ducunt ex *L.* 10. *C. de probat.* Sunt alii caſus, quibus ceſſat querela, ex Pandectis & Codice petendi, veluti ſi quis filium non mala mente, ſed bono conſilio exheredavit *addita cauſſa neceſſitateque judicii ſui*, *L. ſi furioſo* 16. §. 2. *de curat. furioſ.*, quam vide: ſi non coepit intra quinquennium agi, *L. Papinianus* 8. §. *ult.*, & *L.* 9. *h. t.*: ſi quis jure militari teſtatus eſt, *d. L.* 8. §. 4., aut filiusfam. de peculio quaſi caſtrenſi, *L. ult.* §. 1. *C. eod.* Sed hoc poſterius abrogatum eſt ab Juſtiniano in *Nov.* 115. *cap.* 4. *pr.*

TI-

(e) *Vide a nobis obſervata in d. L.* 30. *Obſ. V*, 25.

Digitized by Google

TITULUS XIX.

De heredum qualitate & differentia.

PR. Tit. §. I. II. & III. Heredes ſunt aut *neceſſarii*, aut *ſui & neceſſarii*, aut *extranei*. Gajus *Inſt. II*, 3. 6., Trib. *pr. h. t.* Rectius dixeris, heredes eſſe vel voluntarios, vel neceſſarios: hos autem vel tantum neceſſarios, vel etiam ſuos: Neceſſariis proprie opponuntur voluntarii, ſuis extranei, *L. ſervus* 3. §. 3. *de her. inſt.*, & L. *extraneo* 6. *de ventr. in poſſ. mit.* Heres neceſſarius dicitur ſervus a domino inſtitutus. Num quod adire cogitur hereditatem? Ita Heineccius: Omnino male. Nullo ſervi facto eſt opus. Eum *poſt mortem teſtatoris protinus* eſſe heredem, inquit Trib. §. 1. *h. t.* Quod ille ſtatim ab obitu teſtatoris incipit heres eſſe, vides, nullam hic eſſe aditionis neceſſitatem. Sola lex poteſtate ſua ſervum facit heredem neceſſarium, licet furioſum, qui nec velle poteſt, nec nolle, *L. furioſus* 63. *de adq. her.*, eumque ut ut nolentem omnino habet pro herede, oneribuſque hereditariis vel invitum ſupponit. Lege Aelia Sentia datum teſtatori, qui facultates ſuas ſuſpectas habet, exiſtimationi ſuae conſulere ſcripto herede ſervo, qui defuncti bona divendi patiatur nomine ſuo, ſicque *famam & pudorem ejus ſuſcipiat*, ut pulcre Plinius *Ep. II*, 4. Turpe erat civis Romani bona ex edicto poſſideri, ac venire. Cic. *pro Quint. c.* 15. Poſſidebantur illa a creditoribus per dies XXX.: niſi intra diem triceſimum fieret creditoribus ſatis, diſtrahebantur (a) ſub haſta, & praecone (b) de lapide praedicante, redactumque inde pretium dividebatur inter eos. Dicam de hac ipſa re *Lib. III. tit. XII.* Non debet autem id durum videri ſervo, qui alienam illam, quam ſuſcipit, infamiam compenſat cum libertate: & hoc plus ſi qua bona obveniant ex alia cauſſa, quam ex teſtamento, ea ſic habet ſibi, ut ſeparationem jure poſtulet a Praetore, ne ſi forte non ſuffecerint hereditaria, a creditoribus divendantur, *d.* §. 1., & L. 1. §. *ult. de ſeparat.* Suus & neceſſarius heres dicitur, qui in poteſtate morientis eſt, ac de-

(a) *Intellige haſtam* Praetoriam, *de qua Pitiſc. in Lexic. Antiq. Erat haſta publicae poteſtatis nota: eaque poſita ſignificabatur, eos, qui ad haſtam accedebant, res emtas optimo jure habituros, quaſi bello quaeſitas, uti conjicit Rabirius De haſtar. orig. apud Graev. tom.* III. *Theſ.*, *aut quaſi emtas ab ipſo Populo Romano, evictionem periculo etiam belli praeſtituro: quae eſt conjectura Hotomani.* Triſtis pertica *apud Propert. Eleg. IV*, 1., *non haſta Praetoria eſt, uti perperam Cujacius in* L. 50. *de pecul. ex Lib.* IX. *quaeſt. Papin.*, *ſed* pertica militaris, *qua agri inter milites dividebantur. V. Scalig. in cit. Propertii loc.*

(b) *Proclamaſſe praecones de lapide, quem Graeci dicunt* πωλητήριον, *teſtis eſt Plautus in Bacchid. IV*, 7. *v.* 17. *Nunc intelligis, quid ſit* de lapide emi *apud Tullium in Piſon. c.* 15., *ac* de lapide comparari *apud Columellam III*, 3. *V. Turnebum Adv. X*, 3., *Brodaeum Miſcel. VI*, 5., *& Pium Annot. prior. c.* 10.

Digitized by Google

delatae hereditatis tempore primum in familia obtinet gradum. Redibit de hac re ſermo *Lib.* III, *tit. I.* Dici *ſuum* putant Hotomanus *Obſ. IX*, 10., Vinnius, aliique nonnulli, quod quodammodo ad ſua veniat, ac ſibi potius, quam alii ſit heres; proinde τὸ *ſuus* non ad alium referri, uti popularis ſermonis ratio fert, ſed ad heredem ipſum: ſicque dicendum, *habeo ſuum heredum*, non *meum*: qui loquendi modus proprius eſt hujus artis, & vel ſummos philologos fugit. Et de Politiano quidem memoriae proditum eſt, a Socino interrogatum, quid eſſet in jure *ſuus heres*, obmutuiſſe. Alciat. *De verb. ſign. Lib. IV.* ſub finem. In eadem opinione ego alias fui: nunc ejus me poenitet. Non eo moveor, quo Janus a Coſta in *h. t.*, quod viventis nulla ſit hereditas, debeatque heres eſſe alius ab eo, cui ſucceditur: nam recte defenditur, id verum eſſe de vera hereditate, heredeve, non de hereditate, heredeve ficto: ſuus autem non vere eſt heres ipſe ſibi. Eum *quodammodo dominum* appellat *d.* §. 2. Tribonianus: nec *eſſe* dominum inquit, ſed *exiſtimari*. Movet me auctoritas Triboniani, qui ſuum heredem vocat *domeſticum* (οἰκεῖον vertit Theophilus) h. e. domi natum: unde *gigni* dicitur Symmacho *Ep.* I, 15.; non extrinſecus accitum, qualis eſt extraneus. Ita τὸ *ſuus* de recepto Latinorum more ad alium ſpectat, puta, ad parentem, de cujus ſucceſſione agitur, quemadmodum domeſticus ad eum, qui domui praeeſt. A *ſuo herede* eſt *ſuitas*, quam *jus porcorum* eſſe, feſtive ajebat Schurtzfleiſchius. Leyſer in *D. ſpec.* 369. Barbara quidem eſt ea vox, ſed in Latinum tamen modum facta; namque eſt illi proxima vox *patavinitas*, qua Livii Patavini ſtylum reprehendit Pollio Annius apud Quintil. *Inſt. VIII*, 1. Quod barbari *ſuitatem*, Latini dicunt *jus ſui*. Ulp. *in L.* 1. §. *pen. de agnoſc. lib.* Dicitur *neceſſarius*, quod *omnimodo ſive velit*, *ſive nolit*, *tam ab inteſtato*, *quam ex teſtamento* (c) *heres fiat*, §. 2. *h. t.*: qui locus eo ſenſu accipiendus eſt, quo ſervum fieri ex teſtamento diximus neceſſarium heredem: niſi quod ſuo & neceſſario heredi, quum impuberi, tum puberi abſtinendi ſe ab hereditate Praetor facit poteſtatem. non item ei, qui tantum neceſſarius eſt, *d.* §. 2., & *L. neceſſariis* 57. *pr.* & §. 2. *de adq. her.* Huic ſatis eſſe debet fieri e ſervo liberum: ille aeque ingenuus eſt, ut defunctus: aequiſſimum eſt autem in pari cauſſa magis viventis, quam mortui, pudori parci. Jus, quo ſe abſtinet ſuus, *Praetori* adſcribit Trib: *d.* §. 2., *Proconſuli* Gajus in *d. L.* 57. Id ne mireris. Deſcriptus eſt Gaji locus ex *Libro XXIII. ad Edictum Provinciale*. Quae Praetoris Romae, aut in Provinciis Praetoriis, eaedem fuere partes Proconſulis in Provinciis Conſularibus. V. Sigon. *De jur. Provinc.* II, 1., & Bertrand. in *Gajo*.

§. IV. Jam debet *eſſe cum extraneo herede teſtamenti factio*, h. e. debet is poſſe capere ex teſtamento, ſive ipſe inſtituatur heres, ſive qui in poteſtate ejus eſt: qua de re dictum *h. Lib. tit. XIV.* §. 3. Id autem tribus

(c) *Vulgo additur*, ex lege XII. Tab. *Verum id a Cujacio expungitur. Cujacianae lectioni favent veteres Contii libri: vulgatae paraphraſis Theophili. Sed non ſunt in hoc ſitae opes Atticae. Si quis eſt, qui otio abundet, is adeat Bachovium in* §. 2. *h. t.*

Digitized by Google

bus temporibus inſpici oportere, inquit *h.* §. Tribonianus, *tempore teſtamenti*, ut conſtet inſtitutio: *tempore mortis*, ut ea habeat effectum: *hoc amplius quum heres adit hereditatem, ſive pure, ſive ſub conditione inſtitutus ſit:* porro extrema tantum tempora attendi, nec nocere heredi juris mutationem, quae *medio tempore inter factum teſtamentum, & mortem teſtatoris, vel conditionem exiſtentem contingat*. Haec eadem iiſdem verbis tradiderat Florentinus in L. *ſi alienum* 49. §. 1. *de her. inſt.* Verum de tertio hoc tempore aliter, quam de illis duobus, eſt ſentiendum. In duobus illis tantum quod extremum eſt, attenditur, ut prorſus ſit ad adquirendam hereditatem ſatis, potuiſſe heredem utroque extremo tempore capere ex teſtamento, nec ei noceat, medio tempore non potuiſſe: at vero tertium non eſt extremum illud, quo aditur hereditas, ſed id totum, quod a morte teſtatoris ad aditionem hereditatis excurrit; quum exploratiſſimum ſit, mutationem juris tempore inter mortem teſtatoris, aditionemque hereditatis medio contingentem nocere heredi, ſtatimque, ut ille incipit non poſſe capere poſt obitum teſtatoris, ſecundis, aut legitimis heredibus deferri hereditatem. Ergo illud Florentini, ac Triboniani, *hoc amplius & quum adit hereditatem*, perinde eſt accipiendum, quaſi ſcriptum, *quouſque adit:* ſicque illos ſenſiſſe, patet ex eo, quod de tempore inter mortem teſtatoris, atque aditionem hereditatis medio taceant omnino. Quantum ad tempus conditionis poſt teſtatoris obitum exiſtentis, non ambigitur, tertium extremum eſſe, quo debet heres habere jus capiendi: atque id cauſſae eſt, cur Florentinus ac Tribonianus meminerint etiam temporis medii inter mortem teſtatoris, & conditionem inſtitutionis exiſtentem, mutationemque juris eo tempore contingentem heredi obeſſe negent. Ergo in pura inſtitutione extrema tempora duo ſunt, teſtamenti, ac mortis: unum tempus medium. In conditionali extrema tempora tria ſunt, teſtamenti, mortis, & conditionis exiſtentis: tempus medium duplex. Habes germanam Florentini, ac Triboniani ſententiam, quam non eſt in proclivi exſculpere ex verbis eorum: adeo perturbate, atque obſcure illam proponunt.

§. V. Nunc de jure deliberandi, ac beneficio inventarii. Deliberare proprium eſt heredis voluntarii, qualis eſt extraneus. At poſtquam beneficio Praetoris poteſt ſuus abſtinere hereditate, deliberat etiam ſuus, *L. ſi quis* 8. *de jur. delib.* Quod heres ſuccedit in univerſum jus defuncti, niſi quid perſonae iſtius cohaereat, L. *non ſolum* 8. §. 3. *de lib. leg.*, conſectaneum eſt, obligari heredem aeri alieno, etiamſi hereditas non ſit ſolvendo, L. *more* 8. *pr. de adq. her.* Hinc aequum Praetori eſt viſum, heredi tempus ad deliberandum, ſi petierit, dare, L. 1. §. 1. *de jur. delib.*: quod non heredi ſolum eſt utile, ſed & creditoribus, ſubſtitutis, & generaliter iis omnibus, quorum ſpem poteſt heres cunctando in longum ducere; nihil enim vetat heredem non repudiatam hereditatem, quo maxime velit, tempore adire: ſed iis urgentibus, alterutrum heredi eſt faciendum, aut voluntatem ſuam de adeunda repudiandave hereditate continuo declarare, aut tempus petere ad deliberandum, L. 9. C. *eod.* Succeſſit jus id deliberandi in locum antiquae *cretionis*, de qua mox. Eſt autem in

Digitized by Google

jus dicentis poteſtate, quem diem preſtituat, nam Praetor dicit *tempus moderatum* in *d.* L. *9.* Leges quod pro diverſa eorum, quae cujuſque cauſſae propria ſunt, ratione variat, non ſolent definire, ſed arbitrio judicum committunt. *Pauciores* tamen *centum dierum* non eſſe dandos ex Edicto Praetoris, inquit Paulus in *L. itaque 2. eod. tit.* Quod ſi datum tempus non ſufficiat, ſaepius Praetor diem praeſtituit, ſed nonniſi ex magna cauſſa, L. *3.* & *4.* Eſt aliquid novi ab Juſtiniano cautum ſuper hac re. Is in *L. ult.* §. *13. C. eod.* tempus fecit certum, & a Principe quidem datum non ultra annum eſſe juſſit: datum a judicibus non ultra menſes novem (niſi brevius ſpatium teſtator praeſcripſerit, L. *ſi quis 72. de adq. her.*) & praeterea ſemel, non ſaepius peti. Si heres intra praeſtitutum diem neque adeat, neque pro herede gerat, Praetor ei denegat actiones, *L. quamdiu 69. eod. tit.*, hereditati enim tacitus abrenunciat, qui datum tempus otioſum labi ſinit; ac proinde ſecundis, aut legitimis heredibus defertur hereditas: contra vero, quoniam intra eum diem non recuſavit hereditatem, omnibus in ſolidum hereditariis oneribus teneri eum voluit Imperator §. 14. Ita pro varia eorum utilitate, quorum interfuit ſcripto heredi tempus ad deliberandum dari, heredis ſilentium aut repudiationis, aut aditionis vice eſſe intelligitur. Quod ſi vel extraneus adiit hereditatem vel hereditati ſe immiſcuit ſuus, aut ſi hic ſe abſtinuit hereditate, ille hereditatem repudiavit, mutare factum non poteſt, §. *5. h. t.*, *L. 10. de jur. delib.*, L. *4. C. de rep. her*, niſi minor ſit annis XXV., namque aetati *imperfectae* (ſic ea aetas vocatur in L. *11. C. de jur. & fact. ign.*, & *L. ult. C. in quib. cauſ. in integr.*) ſuccurrit Praetor per in integrum reſtitutionem, ſi hereditas temere adita, omiſſave ſit, *L. neceſſariis 57. §. 1. de adq. her.*, *L. quod ſi minor* 24. §. 2. *de min.*: aut niſi ſit miles, qui quamvis ea aetate major, ſupra quam poſſunt hereditariae vires ferre, non tenetur: quod primum a Gordiano militibus indultum: tum ab Imp. Juſtiniano eſt confirmatum in L. *ult. pr.* & §. *ult. C. de jur. delib.* Hoc idem majori non militi dediſſe perhibetur Hadrianus, quum grande aes alienum, quod ante aditam hereditatem latebat, poſt aditam emerſiſſet. Verum id *ſpeciale* Imperatoris beneficium fuiſſe, monet Tribonianus *d.* §. *5.* Tandem Juſtinianus heredibus proſpexit novo beneficio, quod *beneficium inventarii* vulgo appellatur. De eo agitur in *d. L. ult.*, & in *Nov. 1. c. 2.* Inventarium hoc loco eſt deſcriptio rerum omnium, quae in hereditate ſunt tempore mortis. Ulpianus in L. *tutor. 7. de adm. & peric. tut.*, *Repertorium*, inquit, *quod vulgo inventarium appellatur*: quibus verbis indicium facit, vocem *inventarium* vix fuiſſe ſuo aevo Latinis probatam. Sed jam veteri conſuetudine recepta eſt. Heres ſi velit inventarii beneficio uti, res omnes hereditarias deſcribat praeſente tabulario, vocatiſque legatariis, & creditoribus, procuratoribuſve eorum: ſi qui vero abfuerint, praeſentibus teſtibus ſaltem tribus, *d. Nov. c. 2.* §. 1. Inventario ipſe, ſi poſſit, ſubſcribat, adjiciatque, in ea recenſione nihil fuiſſe factum dolo malo: ſi aut literas neſciat, aut ſcribere impediatur, *ſpeciali* tabulario utatur in eam rem praeſentibus teſtibus, quibus ſit probe notus, *d. L. ult.* §. 2. Inchoandum eſt inventarium intra dies XXX. continuos, ex quo he-

heres delatam ſibi hereditatem cognovit: tum accitis praeſentibuſque iis omnibus, quos acciri, & adeſſe neceſſe eſt, ſolenniter implendum intra alios dies LX. ſi vero heres inde abſuerit, ubi vel tota hereditas eſt, vel maxima ejus pars, intra annum *a morte*, i. e. a die ſcientiae delatae hereditatis, perficiendum eſt. *d. L. ult.* §. 2. & 3. Quod putant quidam, ac nominatim Cujacius in *d. L. ult.*, ſatis eſſe a non abſente herede inventarium perfici intra diem nonageſimum, quamvis poſt triceſimum ſit inchoatum, vereor ne falſum ſit, ut ut aequiſſimum videatur. Diſerte ſcribit Juſtinianus, inchoandum eſſe inventarium intra dies XXX., perficiendum vero intra alios LX. Eſt id inter ſolennia juris: conſtat autem, niſi peragantur ſolennia, uti verbis Legis eſt comprehenſum, nihil agi. Uberrimi ſunt inventarii fructus. Heres adverſus legatarios Legis Falcidiae beneficio utetur, *d. L. ult.* §. 4. Licebat id quidem heredi vel ante tempora Juſtiniani; ſed poſtquam placuit Juſtiniano, heredem neglecto inventario deducere falcidiam non poſſe, merito iſtius quartae deductio inter inventarii commoda recenſetur. Porro is creditoribus hereditariis in tantum tenetur, quanti hereditas valet, §. 6. *h. t.*, ac *d. L. ult.* §. 4. Ad haec creditoribus, qui primi aderunt, recte faciet ſatis: ſupervenientes, ſi nihil ſit in hereditate reliquum, repellet: neque iis, quorum potior eſt cauſſa, eo nomine tenebitur, quod eos non habuerit potiores: quod ſi legatariis, creditoribusve ſatisfecit vel rebus ipſis, vel rerum divenditarum praetio, nullam ſibi, emtorive metuere moleſtiam poteſt a creditoribus, qui ſupervenerint, quo tempore hereditas non eſt ſolvendo. Liberum eſt tamen ſupervenientibus cum legatariis agere aut hypothecaria, ſi hypotecarii ſint, extentque res ipſae, aut indebiti condictione, ſi ſint chirographarii, & res non extent: cum poſterioribus vero creditoribus aut hypothecaria, aut *condictione ex Lege*, puta ex *d. L. ult.*, niſi voluerint eis debitum offerre, *d. L. ult.* §. 4. 5. & 6. Vides, alium ab eo qui condictione indebiti agit, indebitum ſolviſſe contra §. 6. *de obl. quae quia ex contr. Lib. III.* Verum id non eſt novum, L. 5. *de condict. indeb.* Denique jure creditoris cenſetur cum aliis creditoribus defuncti, non confuſis, ut olim, actionibus, ſi quas habebat adverſus defunctum, ſervata tamen temporis praerogativa, *d. L. ult.* §. 9. Si quis autem omittere inventarium maluerit, licebit ei tempus petere ad deliberandum: ſed tum nullo inventarii commodo fruetur. Ergo ſuas in defunctum actiones adeundo amittet, L. *ſicut* 75. *de ſolut.* Hoc plus poenae nomine *non retinebit falcidiam, ſed complebit legatarios, & fideicommiſſarios, licet purae ſubſtantiae morientis tranſcendat menſuram legatorum datio*, *d. Nov.* 1. c. 2. §. 2.: ex quibus verbis colligunt vulgo, heredem neglecto inventario non ſolum non deducere falcidiam, ſed & ſolida legata praeſtare compelli, etiamſi iis praeſtandis hereditariae non ſuppetant vires, contra quam fuerat veteri jure cautum, L. 1. §. 17. *ad Trebel.*, & §. 2. infr. *de ſing. reb. per fideib.* Sed nihil tam falſum. Juſtinianus de legiſlatione ſua gloriari ſolitus plus quam ſatis, nullum eo loco procuſi a ſe juris indicium facit. Jure antiquo heres creditoribus in ſolidum tenebatur: legatariis vero, quantum ferebat hereditas, deducta falcidia, niſi quo caſu falcidia

ceſſaret, *d.* L. 1. §. 17. & *d.* §. 2. Haec eadem ſtant hodie, niſi quod omiſſo inventario jus non eſt falcidiae deducendae. Ita verba *ſed complebit* &c. exegeſis ſunt verborum, quae praeeunt, *non retinebit falcidiam*: quod explicato *purae ſubſtantiae* vocabulo luculentius apparebit. *Pura ſubſtantia* eſt, quae deducto aere alieno, & quarta falcidia eſt reliqua. Ita reditus tributis ſolutos Juſtinianus *puros* dixit in L. 46. §. 9. *de Epiſc. & Cler.*, & L. 20. §. 4. *C. de agric. Lib.* X. Et vero *purum* Latinis eſt quod nihil alienum habet admixtum: quod *auri puri*, & *togae*, *haſtaeve purae* exemplis fieri manifeſtiſſimum poteſt. Ergo τὸ *licet purae ſubſtantiae tranſcendat menſuram legatorum datio* hunc ſenſum habet, *licet ſint ultra modum ejus, quod eſſe reliquum heredi debet ex Lege Falcidia, non tamen ultra falcidiae modum*. Huber in D.XXVIII. 9. 8.

§. VII. Reſtat, ut de adquirenda, omittendave hereditate dicamus. Adquiritur hereditas vel jure ipſo, vel hominis facto: & hoc quidem modo ab extraneis, illo a neceſſariis, aut ſuis: quin ſui proprie dicuntur *exiſtere* heredes, L. *in ſuis* 14. *de ſuis & legit.* & non tam *adquirere*, aut *adire*, quam *retinere* hereditatem, aut *immiſcere* ſe hereditati: & ex diverſo non tam *omittere*, aut *repudiare*, quam *derelinquere* hereditatem, aut ſe ea *abſtinere*: quibus vocabulis ſuos ad ſua venire, aut abſtinere a ſuis, apertiſſime ſignificatur, L. *ſi patronus* 12. §. *ult. de bon. lib.*, L. 11., & 12., L. *neceſſariis* 57. *de adq. her.*, ac *tit. C. de repud., vel abſtin. her.* (d) Ita *exheredare* proprie dicitur ſuus, qui quod vivo adhuc patre quodammodo erat dominus, eſſe itidem jure ipſo heres videbatur, L. *quidam* 132. *de V. O.* Eadem vis eſt τῶ *emancipari* apud Juriſconſultos, ac τῶ *excuriari*, h. e. Curia excludi apud Nonium Marcellum. Emancipatur, qui jam ante erat res mancipi: quod in ſuo vere dicitur, in extraneo eſt plane ineptum, *p.* L. 132. Excuriatur, qui in Curia jam erat. Factum, quo adquirit hereditatem extraneus, eſt quodvis indicium voluntatis: hoc autem vel verbis, vel re ipſa fit. Utroque modo (e) *adit* heres hereditatem, h. e. ad hereditatem accedit animo heredis: qui vulgaris eſt *adeundi* ſignificatus. V. Briſſon. *De V. S. Lib.* 1. Sed ſi quis velit ſignate loqui, *adire* eum dicet, qui animum ſuum verbis declarat: qui vero re, hunc dicet *pro herede gerere*, aut *gerere ſe pro herede*. Separantur *aditio*, ac *geſtio*, ſeu *geritio pro herede* in L. & *ſi quis* 14. §. 8. *de relig. & ſumt. fun.*, L. *ſi quis* 25. §. 7., & L. *quamdiu* 69. *de adq. her* Secundum iſtas ſignificationes mutus, aut ſurdus natus, quem eſſe item mutum, non ambigitur; *adire* non poteſt: recte tamen gerit pro herede, §. 7. *h. e.* Mutus factus *adire* ſcripto poteſt. Interdum ſub geſtione compre-

(d) *Iſtorum verborum proprietas non perpetuo ſervatur. In* L. *ult. de ſucc. edict.*, & L. 1. §. 10. *ad Tertull. extraneus* abſtinet: *in* L. *ſive patronus* 21. §. *ult. de jur. patr.* repudiat *ſuus*.

(e) Subire hereditatem *eſt apud Paulum in L.* 181. *de R. J.*, obire *apud Tullium Orat. I. de L. Agrar. Veteres* obitu *dixiſſe pro* aditu, *inquit Feſtus*. Adire Teſtamentum *dixit Ambroſius in Pſalm. CXVIII. Etiam in Libris juris* teſtamentum *quandoque eſt* hereditas, *L. illud* 77. *de adq. her. Cujac. Obſ. III.*, 6., & *VII.*, 18.

Digitized by Google

prehenditur aditio, ſeu animi ſignificatio *verbo edita*, *d.* §. 7. *h. t.*: quo nomine Tribonianum injuria reprehendit Hotomanus, nam Triboniano praeivit Paulus in *L. ſi filius* 12. *de interrog. in jur. fac.*, *Si filius qui abſtinuit ſe paterna hereditate, in jure interrogatus* RESPONDERIT, *ſe heredem eſſe, tenebitur; nam ita* RESPONDENDO PRO HEREDE GESSISSE *videtur*. Non negaverim tamen, abuſionem iſtam eſſe praeter morem Juriſconſultorum. Aditionis ſimplicis meminit Coſtantinus in *L.* 1. *C. Th. de legit. hered.* Ea eſt, quae nuda animi manifeſtatione expeditur ſine ullis ſolennibus. Spectavit Conſtantinus ad veterem *cretionem*, quae ſolenni ritu peragebatur. *Cretio*, inquit Ulp. *Fragm.* XXII., 27., *eſt certorum dierum ſpatium; quod datur inſtituto heredi ad deliberandum, utrum expediat ei adire hereditatem*. Antiquis Latinis *cernere* fuit idem quod *decernere*, *deliberare*. In hanc ſententiam laudat Varro *Lib. VI. de R. R.* Plauti locum ex *Ciſtellaria I*, 1. *v.* 1. *Antidhac te amavi, & mihi amicam eſſe crevi*. Quod idem Varro ſcribit *Lib. V. de* L. L., *cernito in teſtamentis tanti eſſe*, quanti *facito videant te eſſe heredem*, mirum quam ridiculum eſt. proprie cernebat heres, quum velle ſe heredem eſſe conſtituebat: quod ut rite fieret, adhibendi erant teſtes (Varro *d. Lib. V.*) certaque verba pronuncianda. Ulp. §. 28. Quod intra certum diem (fuit hic centeſimus, *d.* §. 27.) deliberandum heredi erat, hinc pro ſpatio ipſo *cretio* dicta. De cretione *vulgari*, aut *continua*, *perfecta*, aut *imperfecta* v. Ulp. §. 31. 32. 34., & Schulting. in eos locos. Cretionis commentum primus ſuſtulit Conſtantinus in bonis maternis, *L.* 1. *C. Th. de matern. bonis*: quam Conſtitutionem tum confirmarunt Conſtantius, Arcadius, & Valentinianus, *L.* 4., *L.* 8. *C. Th. eod.*, ac L. *un. C. Th. de cret.*: tandem *penitus* aboluere Arcadius, Honorius, & Theodoſius in L. 17. *C. de jur. delib.* Heinneccio in ſuis *Antiquitatibus* ſcribenti, cretionem non ab Arcadio, ut in *d.* L. 17. dicitur, ſed ab Juſtiniano *penitus* abolitam invento beneficio inventarii, eſt cur meliorem mentem precemur. Eo beneficio invento petitio temporis ad deliberandum coepit *penitus ſupervacua eſſe*, uti Juſtinianus inquit in L. *ult.* §. 13. C. *de jur. delib.*: at vero non cretionem, qua eſt tempus ad deliberandum, ſed cretionis, imo *cretionum* (vulgaris, continuae, perfectae, imperfectae) *ſcrupuloſam ſolennitatem*, Imperatores illi *penitus amputarunt*. (f) Tempus ad deliberandum poſt *d.* L. 17. non deſiit poſtulari, darive: quin adhuc poſt tempora Juſtiniani poſtulari poteſt, ac dari: idemque nunc eſt, quod olim, *d.* §. 13. Gerit pro herede, qui *pro domino adminiſtrat*, L. *ſi is* 22. *de adq. her.* (veteres enim *heredes pro dominis* & *exheredes* pro *non dominis* appellabant, *d.* §. 6. Plaut. *Menaec. III.*, 2. *v.* 11., *Bacchid. IV.*, 8. *v.* 8., *Moſtel. I*, 3. *v.* 77. (g)) ut qui *auctionem facit rerum hereditariarum*, *aut ſervis*

here-

(f) *De digitorum percuſſione, ac ſaltatione in cernendis hereditatibus v. noſtr. jur. Obſ.* I, 27. *Quid ſit* cretio libera, *expendi in Diſſ.* De cretione libera.

(g) *De heredis etymo v. Alciat. in* L. 7. *de vulg.*, & L. 58. *de V. S.*, *Govean. Lect.* I, 25., *Cujac. Obſ.* X. 16., *Forner. Select.* I, 19., *Gentil. Lib. Orig.*, & *Menag. Amoenit.* c. XXXIX.

hereditariis cibaria dat : & generaliter *qui rebus hereditariis tanquam dominus utitur*, verba Ulpiani ſunt in *Fragm.* XXII. 26. (*h*); modo eum, in cujus bonis gerit pro herede, teſtatum inteſtatumve obiiſſe, ſeque illi heredem eſſe ſciat, *d.* §. 6., &, quod addendum ex L. *pro herede* 20. *ff. eod.*, *velit eſſe heres*; nam ſi quid pietatis, vel cuſtodiae cauſſa fecit, ſi quid quaſi non heres egit, ſed quaſi alio jure dominus, non videtur pro herede geſſiſſe: atque hoc eſt, quod Graeco loquendi more (*i*) ſcriptum eſt in *d. L.* 20., pro herede gerere *non eſſe facti* (h. e. non tam facti) *quam animi*. Utroque eſt opus, facto, & animo heredis, *L.* 5. *C. de jur. delib.* Quod Paulus ſcribit in L. *gerit* 88. *de adq. her.*, pro herede eum gerere, *qui animo agnoſcit ſucceſſionem*, *licet nihil attingat hereditarium*; ejus non haec eſt ſententia, ſolo animo poſſe aliquem gerere pro herede, ſed haec, eſſe quidem opus, ut is animo heredis aliquid quid attingat: num autem quod attingit, hereditarium ſit nec ne, nihil referre. Et vero pro herede gerere ſubdit Paulus eum, qui *alienam rem*, cujus poſſeſſio qualis qualis fuit in hereditate, *ut hereditariam poſſedit*. E contrario recuſari hereditas non tantum verbis, ſed etiam re poteſt, & alio quovis indicio voluntatis, *d.* §. 7., & *L. recuſari* 95. *eod.*

TITULUS XX.

De legatis.

PR. Tit. Methodi ratio poſtulabat, ut titulum de donationibus proxime exciperet titulus de legatis; titulos autem de jure teſtamentorum tituli de jure legitimae ſucceſſionis, ut ita poſt enarratas ſingulares adquirendi cauſſas, inter quas eſt legatum (non enim legatarius in jus univerſum ſuccedit, etiamſi ei pars bonorum aut hereditatis legetur) perpetuo ordine eae juris *figurae*, ſeu cauſſae enarrarentur, quibus dominia rerum per univerſitatem adquiruntur. Sed ſatius Triboniano viſum inter titulos de jure teſtamentorum, ac titulos de jure ſucceſſionis legitimae interſerere titulos de legatis, de fideicommiſſis ſingularibus, ac de codicillis: quae & tractationem rei teſtamentariae omnino perficiunt, & poſt tradita teſtamentorum jura multo facilius percipiuntur.

§. I, XIV, & XX. Ars juris definitionum inops, heic earum copia laborat. Ecce unam Florentini, *Legatum eſt delibatio hereditatis, qua teſtator ex eo, quod univerſum heredis foret, alicui quid collatum velit*, *L. legatum* 116. *de leg.* 1. Hereditatem minuunt legata. *Delibatio* eſt deminutio μείωσις, uti eſt in Baſilicis XLIX, 1. 105. Hoc ſenſu *delibatae honeſtatis damnum* Gellius dixit *Noct.* I, 3., & contra *non delibatam hereditatem* Ambroſius *Orat.* in funere Satyri, atque *illibatum quadrantem* Ulp. in L. *ſi filia* 20. §. 5. *fam. erc.* *Delibratio*, quam vocem temere ſubſtituit Donellus, non eſt, quod ille putat, *librae*, i.e. hereditatis *deminutio*: quin contra *delibrare* eſt *recte ponderare*, particula *de* ejus verbi ſignificatio-

(h) *In hunc l. Ulp. v. noſtr. jur. Obſ.* I, 29.
(i) *Morem iſtum multis illuſtrat A. Auguſtin. Emend.* IV., 8.

Digitized by Google

tionem, ut ſaepe alias, augente: Ulp. L. 1. *depoſ.*, Donat. in *Terent. Adelph. IV*, 6.; Feſt. *v. deperire*. Quod lucri legatum *aufert (a) ei, a quo derelictum eſt*, id legatario adfert: quo ſpectat altera illa Modeſtini definitio, *Legatum eſt quaedam donatio teſtamento relicta*, L. *legatum* 36. *de leg.* 2.: itemque tertia Triboniani, *Legatum eſt donatio quaedam a defuncto relicta ab herede preſtanda*, §. 1. *h. t.* Ergo niſi quid emolumenti decedat heredi, eive, a quo relictum eſt, idque legatario accedat, inutile eſt legatum, L. 1. *C. comm. de leg.*, L. 1. §. 10. *ad L. Falc.* Hinc ſi quis legaverit creditori, quod debet, ita demum valebit legatum, ſi plus in legato fuerit, quam in debito, §. 14. *h. t.*: plus autem in legato eſt aut *modo*, aut *tempore*, aut *conditione*, aut *loco*, *L. ſin autem* 29. *de leg.* 1., ubi χιαςμὸν adgnoſcit Cujac. *Obſ. XIV*, 24., nam conditioni reſpondet modus, qui quaſi quaedam conditio eſt, L. 1. *C. de his, quae ſub mod.*: tempus reſpondet loco, cujus adjectio quaſi temporis adjectio eſt, L. *recuſare* 6. §. *ult. ad Trebell.* Igitur *plus* eſt in legato, ſi creditori debitum ſub modo, h. e. ea lege, ut is dare aliquid aut facere compellatur, remiſſa modi neceſſitate legetur: aut ſi pure legetur debitum in diem, vel ſub conditione; verſatur enim in hoc legato *commodum repraeſentationis*, *d.* §. 14., ac L. 1. §. 10. *ad L. Falc. Repraeſentare* Latinis eſt, quod ait Seneca *Ep.* 7. *ſolvere in anteceſſum*. De eo commodo Martial. VI, 30. Eadem repraeſentationis ratio facit, ut vir uxori dotem utiliter *praeleget*. Eſt id proprie loqui. *Praelegare* quum alias eſt uni ex heredibus legare aliquid praeter hereditariam portionem, L. *unum* 67. §. 4. *de leg.* 2., aut id alicui legare, quod ad eum quodammodo pertinet, ut peculium ſervo, hujuſve pretium domino, *L. ſtatuliberos* 3. §. 2. *de ſtatulib.*, L. *in ſervitutem* 16. §. 9. *de bon. libert.*: tum hoc loco eſt ſic legare creditori, ut hic accipiat ante diem, *L. Lucius* 88. §. 7. *de leg.* 2.: quo ſpectat Pandectarum Caput *De dote praelegata*, niſi ſi quis legere malit, uti legitur Florentiae, *De dote relegata*. *Relegare* proprie eſt repetito legare, *L. ſicut* 3. §. 2. *quib. mod. uſuſfr.*: interdum etiam legere id, quod *reddi potius videtur*, *quam dari*, ut de legata dote inquit Papinianus in *L. quum pater* 77. §. 12. *de leg.* 2. Olim dos in mobilibus conſtituta reddebatur *annua*, *bima*, *trima die (b)* h. e. diviſis in tres annos aequis portionibus. Cic. *Ep. VI*, 17, *Fragm. VI*, 8.: hodie redditur intra annum, *L. un.* §. 7. *C. de rei ux. act.*; at legata dos ſtatim ab adita hereditate debetur tota. Veniente autem die, vel exiſtente conditione ante obitum teſtatoris dubitatum olim, num utile eſſe pergeret, an extingueretur legatum. Prius viſum nonnullis ea ratione, *quia ſemel conſtitit*: poſterius aliis, quod *in eam cauſſam pervenit, a qua incipere non poteſt*. In hac opinione fuit Paulus in *L. debitor* 82. *de leg.* 2.:

(a) *Sunt haec Juſtiniani verba in* L. 1. *C. comm. de leg.*, *ubi neque* offert, *neque* adfert *legi poſſe*, *res ipſa loquitur*.

(b) *Ulpianus in* L. *talis* 30. §. 2. *de leg.* 1., *&* L. 1. §. 2. *de dot. praeleg. affectato*, *ut Cujacius ait Obſ.* VII, 20., *orationis compendio dixit* annua die: *in eundemque modum interpretatur is idem Ulp.* trima die *in L. ſi legatum* 3. §. 5. *de ann. leg.*

Digitized by Google

2. : in illa Papinianus in *L. verbis 5. ad L. Falc.* Cum Papiniano ſenſit tandem Trib. *d.* §. 14. Plus eſt itidem in legato, quam in debito, ſi utilitatem habeat propinquioris, aut commodioris loci *d. L. 29. de leg.* 1. Nec omittendum, quandoque plus eſſe in legato, ſi quid creditoris interſit *ex teſtamento potius agere, quam ex priſtina obligatione*, *L. ſi debitor* 11. *de liberat. leg.* : quo etiam nomine utile erat olim legatum dotis in rebus ſoli conſtitutae; etſi enim ea dos ſtatim redderetur (Ulp. *Frag.* VI, 8.) tamen quae retentiones ex dote fiebant *aut propter mores* (c), *aut propter impenſas, aut propter res donatas, aut propter res amotas*, uti Ulp. ſcribit §. 9., iis relegata dote eſſe non poterat locus. Nunc intelligis, quod ait Trib. §. 15. *h. t.*, *plenius eſſe legatum* dotis, *quam de dote actionem*. De particula *d.* §. 15. dicam inferius. Redeo nunc ad definitiones Modeſtini, ac Triboniani. In Libro Florentino a Modeſtini definitione abeſt *τὸ quaedam* : quae tamen momentoſa vox eſt. Ea explicatur, eſſe legatum non proprie donationem, ſed certum quoddam donationis genus, quod quum multis, tum eo vel maxime diſtat a vera donatione, quod haec *dari* dicitur, illud *relinqui* : quod verbum proprium eſt ultimarum voluntatum, *L. 2. C. de nat. lib.* Legatum *donatio* appellatur, quia utrumque ex officioſo & liberali animo proficiſcitur : unde *liberalitatis petitio* pro legati fideicommiſſive petitione in *L. quum non facile 6. D. ſi cui plus quam per L. Falc.* : quod verbum juris Briſſonio excidit *De V. S. Lib. X.* Sed quid cauſſae eſt, cur Modeſtinus dixerit *teſtamento*, Tribonianus autem *a defuncto*? Jus vetus ab Juſtiniano mutatum. Legata, quae tantum teſtamento relinqui olim poterant, etiam ab inteſtato relinqui permiſit Juſtinianus in *L. 2. C. comm. de leg.* *Τὸ ab herede praeſtanda* nec Theophili paraphraſis habet, nec Latini quidam Codices MS., proinde gloſſema eſſe imperiti cujusdam interpretis, opinio eſt Cujacii, aliorumque nonnullorum. Sed idem Cujacius *Parat. D. ad h. t.* non improbabile putat fuiſſe ea verba ab ipſo Modeſtino in ſuam definitionem injecta, quo intelligeretur, legato non alium onerari quam heredem, ſecus atque cautum eſt de fideicommiſſo : qua de re *tit.* 24. *h. Lib.* Ego, quod facit ad Modeſtinum, longe aliter ſentio; qui enim poterat ita ſcribere Modeſtinus, cujus aevo legata tantum per damnationem praeſtabantur ab herede, uti rectiſſime A. Faber *Conject. VI*, 1., & Fornerius *Rer. quot. I*, 11.? Nec eſt idem *praeſtari ab herede*, atque *heredem onerare*. Legata omnia onerabant heredem, quia ab herede relinquebantur, delibabantque hereditatem : at non omnia praeſtabantur ab herede. Quod ſi teſtator heredis officium praeſumens vivus praeſtet, quod legaverat, ut in L. *Lucius Titius* 22. *de leg.* 2., perimitur legatum facto ipſo teſtatoris, *L. hujuſmodi* 84. §. 11. *de leg.* 1., & *L.* 11. C. *eod.*, niſi aliud voluiſſe teſtatorem probetur, *d. L.* 22. : legatumque accipitur tanquam alio titulo datum, puta donationis, aut dotis, *d.* L. 84. ac *d.* L. 11.

§. II.

(c) *Mores erant vel* graviores, *h. e. adulteria*, *vel* leviores, *i. e. reliqua peccata. Ulp. VI*, 12. *Tandem judicium de moribus ſublatum eſt ab Juſtiniano*, L. *un.* §. 5. *C. de rei ux. act.*, & L. 11. §. 2. *C. de repud.* *V. Cujac. Obſ. XI*, 29., & *Schulting. in d.* §. 12.

§. II, & III. Erant olim legatorum genera quatuor; *per vindicationem*, *per damnationem*, *ſinendi modo*, & *per praeceptionem*: erantque ſua ſingulis praeſcriptae formulae; (§. 2. *h. t.*) quas *pacta verba* dixit Ulp. *Fragm. XXIV*, 11. (d) Legabatur per vindicationem in hunc modum, *Do*, *lego* (cujus formulae hae ſunt notae apud Magnonem *D. L.*) *capito*, *ſumito*, *habeto* (Ulp. *Fragm.* XXIV, 3.) *illam rem tibi praeſume*, *habe*, *vindica*. Gajus *Inſt.* II, *tit.* 5. §. 1. Hinc *ſume* verbum eſſe Juriſconſultorum, Servius ſcribit in *Aeneid. V*, *v.* 433. Per damnationem legabatur his verbis, *Heres meus dare damnas eſto* quod ſonant notae illae apud Putſchium *p.* 1671. *D. D. E.*) *dato*, *facito*, *heredem meum dare jubeo*. Ulp. XXIV, 4. *Damnas* auctore Servio in *Aeneid.* XII, *v.* 727. idem eſt quod *damnatus*, ſyllaba per ſyncopen de medio ſublata. Verbum eſt juris quum in legatis, tum in Legibus, Senatuſve conſultis ſaepe uſurpatum. Briſſon. *De V. S.*, Popma *De uſu antiq. loquut.* I, 7. (e). Sinendi modo ſic legabatur, *Heres meus damnas eſto ſinere L. Titium ſumere illam rem*, *ſibique habere* (Ulp. XXIV. 5.) *Ille heres meus rem illam illum permitte praeſumere*, *& ſibi habere*. Gajus II, 5. 9. Demum praeceptionis formula erat, *L. Titius illam rem praecipito* (Ulp. XXIV, 6.) vel, *praecipito*, *ſumito*, *tibique habeto*: quo pertinent notae illae apud Magnonem, *P. S. S. Q. H.* Poſtremo hoc modo legabatur uni heredum (*f*), quem aliquid de medio ſumere, ſibique habere praeter hereditariam portionem teſtator jubebat. Sed *τὸ praecipere* ad teſtatorem aeque, atque ad heredem referebatur. Praecipiebat heres, quod *ante*, ut Feſtus loquitur, *capiebat*, habebatque ſibi *praecipuum*, ſeu *praecipui titulo*: quae ſunt itidem verba juris. Scaevola in L. *ult. pr. de leg.* 2., Sidon. *Ep. VI*, 12. Apud eundem Scaevolam in L. *hic verbis* 102. §. 2. *de leg.* 3. etiam teſtator (*g*) *militiam*

Tom.III. Ee *prae-*

(d) *In locum iſtum Ulpiani commentatus ſum aliquid in meis Obſ. jur.* I, 30., *quod alios fugit.*

(e) *In L. Civitatibus* 122. *de leg.* 1., *& L. nomen* 34. §. 1. *de leg.* 3. damnas *plurativo numero uſurpatur. Paulum. Sent. III.* 6. 6. *ſcripſiſſe etiam* damnes *pro* damnatus; *quemadmodum in Plauti Trinummo* II, 1. *v.* 13. *ſcriptum* copus *pro* copioſus, *ab Alciato eſt traditum Parerg.* III, 1. *Verum τὸ* damnes *nuſquam extat*, *ac certe librario tribuendum*: *apud Plautum autem omnino legendum* cuppes, *i. e.* ganeo, cuppediarum amans, *uti recte Ph. Pareus in eum l.*

(f) *Heredem iſtum dici* legatarium *in antiquo illo titulo*, Jul. Valens leg. heres, *Reineſio viſum C. XVIII. Verum quamvis eo modo legaretur heredi*, *nuſquam tamen is*, *quantum ſcio*, legatarius *eſt dictus*. *Erat igitur Valens ille* legitimus heres.

(g) Militiae *dicebantur officia civilia*, *aut palatina*, *quorum cauſſa annonae*, *ac ſalaria de publico percipiebantur. Erant in patrimonio*, ſicut feuda, *inquit Cujac. ſub finem Lib.* XIII. *Quaeſt. Papin. Hinc emi*, *vendi*, *pignorari*, *legari*, *& ad heredes tranſmitti poterant*, *L. creditor* 52. §. 2. *de act. emt.*, *L. ult. C. de pign. & hypoth.*, *ac d. L.* 102. *V. omnino Cujac.*

in

Digitized by Google

praecipit, i. e. per praeceptionem dat, ſeu praelegat. Ut formulis, ita actionibus, ac (h) rebus ipſis, quae legabantur, quatuor illa legatorum genera differebant inter ſe, ac periculoſum erat in formulis peccare. Differentias XVI. congeſſit Merillius *Obſ. IV*, 32.: addidit & alias A. Schultingius in Ulp. *Fragm. XXIV*, 2. Coepit aliquid de veteris juris adſperitate remitti poſt S. C. Neronianum, de quo Ulp. *XXIV*, 11. Tandem *Conſtitutionibus Divorum Principum ſolennitas verborum penitus ſublata eſt*, inquit Trib. §. 2. *h. t.* Divi Principes ſunt Conſtantinus, Conſtantius, & Conſtans Conſtantini M. filii. Eorum Conſtitutiones ſunt L. 3. C. *de ferm. ſubſt.*, L. 15. C. *de teſtament.* (i), & L. 21. C. *de legat.* Quod vero novae iſtae Leges pacta quidem verba ſuſtulerant, non differentias actionum; Juſtinianus iſt L. 1. C. *comm. de leg.* unam fecit legatorum omnium naturam, deditque pro obtinendis iis, quoquo modo relicta ſunt, actiones tres, puta actionem in perſonam (k), quae *ex teſtamento actio* dicitur in Pandectis, & ex quaſi contractu eſt, §. 1. *de obl. quaſi ex contr. Lib.* III.: actionem in rem, itemque hypothecariam. *Variae* illae *actiones*, quibus uſos olim legatarios, teſtis eſt Papinianus in L. *quum filius* 76. §. 8. *de leg.* 2., erant actio in perſonam, & actio in rem. Hypothecariam primus dedit Juſtinianus, omnibus hereditariis rebus tacitae hypothecae ſubjectis in gratiam legatariorum. Quibus Pandectarum locis ſcriptum eſt, legatarios habere pignoris cauſſam, iis de pignore agitur aut a teſtatore, aut a Magiſtratu conſtituto: ſicque accipiendae ſunt L. *non eſt* 26. *de pign. act.*, & *L. creditoribus* 4. §. 1. *de ſeparat.* . Porro ante Juſtinianum ſola in perſonam actio competebat pro legato damnationis, *L. duos* 14. *de uſu*, *& uſufr. per leg.*: pro legato autem vindicationis etiam actio in rem, L. *quod legatur* 38. *de judic.*; nam rei per damnationem legatae dominus erat heres, creditor legatarius: rei legatae per vindicationem creditor & dominus is idem, cui fuerat legata. Poſt Juſtinianum legatorum omnium quomodolibet relictorum creditor, itemque jure ipſo dominus eſt legatarius, modo rem eſſe teſtatoris propriam, certumque corpus legatum ponas; quum fieri non poſſit, ut quod in dominio teſtatoris non eſt, a teſtatore tranſeat in legatarium: nec pati juris ratio queat; ut quantitas non ſit in dominio heredis, qui eam debet, atque ut alia, quam in

in L. 22. de leg. 2. Legata autem militia quid intelligeretur legatum, explicui Obſ. 1, 26. *De* militiis ex caſu *extant Epiſtolae duae in Theſ. Otton. IV, p.* 1630., *altera A. Auguſtini, altera Laelii Taurelli. Sed magnus Cujacius nullas fuiſſe* militias ex caſu, *praeclare demonſtrat in* L. 3. §. 7. *de min.*, *& in Nov.* 53.

(h) *Per vindicationem, ac praeceptionem legabantur res propriae teſtatoris: ſinendi modo res etiam heredis: per damnationem etiam illae, quae nec teſtatoris, neque heredis erant. Ulp.* XXIV, 7. 8. 10. 11. *Facile nunc tibi erit vim tenere formularum quarundam, quae in Pandectis ſunt.*

(i) *De auctore d.* L. 15. *non liquet. Ejus ſubſcriptio inſcriptioni non congruit. Rem expendi Obſ.* I, 28.

(k) Actiones perſonales *inquit Trib. Interdum plurativus ſingularis numeri vice eſt*, §. 14. *de hered. quae ab inteſt. Lib.* III.

Digitized by Google

in perſonam actione a legatario condicatur. Ita legata omnia exaequata ſunt. Sed eſt, cur Triboniano iraſcaris, qui non pauca veterum differentiarum veſtigia in Pandectis reliquit. V. Wiſſenbachium in *d.* L. 1. C. *com. de leg.* Erat optandum, ut quoniam legata magis jure ſtricto, quam aequa voluntatis interpretatione regebantur, fideicommiſſa vero hac potius, quam illo, exaequarentur iſta itidem inter ſe. Sed & id praeſtitit Juſtinianus, cujus Conſtitutione in L. 2. C. *eod.*, & §. 3. *h. t.* quod amplius erat in fideicommiſſis, id acceſſit legatis: quodque amplius erat in legatis id fideicommiſſis acceſſit. Amplius in fideicommiſſis hoc erat, quod & ante inſtitutionem, & poſt mortem heredis, & codicillis teſtamento non confirmatis, & ab inteſtato, & a legatario, vel fideicommiſſario, & quavis ſeu formula, ſeu lingua, & vero etiam nutu recte relinquerentur: quodque in iis non tam proprietas verborum, quam conjectura voluntatis valeret: quorum nihil erat in legatis. Haec late perſequuntur Ulpianus *Fragm. XXV.*, & Gajus *Inſtit.* II, 7. Erat hoc plus in legatis, quod aut actione in perſonam condicerentur, aut in rem actione vindicarentur; quum tamen fideicommiſſorum extraordinaria eſſet perſequutio, *L. pecuniae* 178. §. 2. *de V. S.* Sed poſt Juſtinianeam Conſtitutionem habent itidem fideicommiſſa juris ordinarii exequutionem, ac jus etiam tacitae hypothecae: & viciſſim legata relinqui poſſunt, ut fideicommiſſa: praeſtatque in iis, ut in fideicommiſſis, proprietati verborum conjectura voluntatis. Dicam paucis. Hodie legata, & fideicommiſſa verbo differunt, non re. Differentias nonnullas adhuc eſſe reliquas, a quibuſdam eſt creditum. Verum hos manifeſti erroris convicit Galvanus *De uſufr. XIV*, 23. (l).

§. IV, & X. Nunc quae legari poſſint, vel non, videamus. Non ſolum teſtatoris, heredisve res, ſed & aliena poteſt legari, *etiamſi difficilis ejus paratio ſit*. Ulp. in L. *quum ſervus* 39. §. 7. *de leg.* 1. Non obſtat Lex XII. Tab. patriſam. permittens *de re* tantum *ſua* legare; nam legare rem alienam perinde eſt atque heredem damnare, ut rem redimat, praeſtetque, vel, ſi dominus aut vendere rem nolit, aut immenſum pretium poſtulet, juſtam legatario inferat aeſtimationem, §. 4. *h. t.*, L. *ſi domus* 71. §. 3. *de leg.* 1., L. *non dubium* 14. §. 2. *de leg.* 3.: quod eſt legare rem ſuam. Id quum ſit conſentaneum aequitati naturali, vix eſt, ut credam, legatum rei alienae jure Canonico non valere. In hanc ſententiam vulgo laudatur Gregorii M. Epiſtola ad Bonum Epiſcopum in *cap.* 5. *de teſtam.* Sed alio ſpectat is locus, in quem v. Gonzalez. Hoc ita eſt intelligendum, ſi defunctus ſciebat rem eſſe alienam, non ſi ignorabat, L. 10. C. *h. t.*, *forſitan enim*, inquit Trib. *d.* §. 4. *ſi ſciſſet alienam, non legaſſet: & ita D. Pius reſcripſit:* cujus reſcripti neſcio num alibi mentio fiat; niſi ſi quis *proximae perſonae, vel uxori, vel alii tali* legaverit, *cui legaturus eſſet, & ſi ſciſſet rem alienam eſſe*, *d.* L. 10.

(l) *At enim aevo Ulpiani exaequata jam erant legata fideicommiſſis*, L. 1. *de leg.* 1. *De hoc Ulpiani loco mirum quantum laborent Duarenus Diſp.* II, 9., *Hotoman. in d.* §. 3., *Cujac. in d.* L. 1., *& Obſ.* VIII, 4., *Galvan. De uſufr.* XIV, 13., *Amaya Obſ.* II, 3., *aliique*.

Digitized by Google

10. Uter autem probare debet, ſciſſe defunctum, ſe rem alienam legare, legatarius ne, an heres? Certe legatarius, *quia ſemper neceſſitas probandi incumbit illi, qui agit*, *d.* §. 4., & L. *verius* 21. *de probat.* Id niſi a legatario probetur, contrarium in dubio praeſumendum eſt, ac proinde non debetur legatum; *ſunt enim*, ut praeclare Papianianus in L. *unum* 67. §. 8. *de leg.* 2., *magis in legandis ſuis rebus, quam in alienis comparandis & onerandis heredibus faciliores voluntates*: quodque legata re heredis nullum redimendi incommodum eſt, eademque eſt praeſtandi facilitas, quae eſſet legata re teſtatoris; patet, nihil referre, num teſtator ſcierit, an ignoraverit, rem eſſe non ſuam: quod diſerte docet Papinianus ibid. Jam Ulpianus in *d.* L. 39. §. 7. tum demum legari poſſe inquit rem alienam, *ſi parari poſſit*, h. e., ſi in commercio ſit: quam interpretationem exempla, quae ſubjicit Ulp. §. 8. 9. & 10., quodque is habet in *L.* 40., probant plus ſatis. Et vero *cujus* rei *commercium non eſt*, ait Trib. *d.* §. 4., (m) *vel quae adipiſci non poteſt*, ejus legatum *nullius momenti eſt*, adeo ut *nec aeſtimatio debeatur*. Haec vera ſunt, ſi prorſus nullum rei commercium ſit, veluti, ſi res ſacra, ſancta, religioſa, publica, fiſci, aut id genus alia legetur, *d. L.* 39. §. 8. 9. 10., & L. 41. §. 1. Ceterum rei certi hominis commercio exemtae legatum non eſt ſemper inutile; nam legato non nocet rei commercium non habere vel heredem, L. *mortuo* 49. §. 3. *de leg.* 2., vel teſtatorem arg. *L. multum* 34. *de V. O.* Quod rei commercium legatarius non habet, id demum nocet legato, *d. L.* 49. §. 2., puta ſi cui praedium legetur, quod in ea Provincia eſt, ubi is officii cauſſa agit, vel militat, L. *qui officii* 62. *de contrah. emt.*, aut ſi cui legetur res ſua, §. 10. *h. t.*, & L. 13. *C. eod.*, quum enim *non poſſit dominium niſi ex una cauſſa contingere*, *L. poſſideri* 3. §. 4. *de adq. poſſ.*; qui jam ſemel dominus eſt rei, hanc amplius adquirere non poteſt, ac proinde hujus ille commercium non habet. Jam quoniam Catoniana regula ita definit, *quod, ſi teſtamenti facti tempore deceſſiſſet teſtator, inutile foret, id legatum, quandocumque deceſſerit, non valere*, L. 1. *de reg. Caton.*; conſequitur, ſi tum deſierit res legatarii eſſe, nec rem, nec aeſtimationem deberi, *d.* §. 10., ac *L. cetera* 41. §. 2. *de leg.* 1.. Non moveor verbis Celſi in *d.* L. 1. §. 2.; *Si tibi legatus eſt fundus, qui ſcribendi teſtamenti tempore tuus eſt: ſi eum vivo teſtatore alienaveris, legatum tibi debetur*: namque ea interpungenda ſunt in hunc modum, *Si tibi leg. eſt fund., qui ſcrib. teſt. temp. tuus eſt, ſi eum viv. teſt.*

(m) Tò vel adipiſci non poteſt, *quum a Theophilo, & caſtigatioribus libris MS. abſit, atque iſtheic omnino oriatur, interpretamentum eſſe τῦ* cujus commercium non eſt *primum in margine adſcriptum, ne ambigas*. Vel *pro* id eſt *non raro uſurpatum*. *Paſſivam τῦ* adipiſci *ſignificationem multa Latinorum teſtimonia tuentur*. *Popma De uſu antiq. l. quut.* I, 11., *Duker De latinit. Juriſc. p.* 328. 333. & 349. *Marcilio referenti τὸ* vel adip. n. pot. *ad id genus rerum, quae ſunt quidem in commercio, alia tamen de cauſſa emi ac vendi non poſſunt: ut ſi quis Parthi alicujus, vel Medi anulos, arcumve legaverit; valde obſtant exempla a Triboniano ſubjecta, quorum nullum eſt, quod rem non exhibeat commercio exemtam.*

Digitized by Google

teſt. alienaverit; *legatum &c.* Ita verba, *ſi eum viv. teſt. alienaverit*, teſtatoris erunt ſub ea conditione legantis, non Juriſconſulti, quod ex poſtfacto accidit, referentis: conſtat autem M. Catonis ſententiam ad conditionalia legata non pertinere, *d.* L. 41. §. 2. Ita non erit opus eo confugere, quo Cujacius *Not. pr.* in h. l., Celſum heic, ut alibi, ſingularem opinionem foviſſe. At enim legatario deberi aeſtimationem ſcribunt Ulp. in L. *ſed ſi* 49., & Marcianus in L. *filiusfam.* 114. §. 5. *de leg.* 1. Ita vero ſcribunt, ſed in ſpecie prorſus alia. Ait Ulp., *Si res aliena, cujus commercium legatarius non habet, ei, cui jus poſſidendi non eſt, per fideicommiſſum relinquatur; puto aeſtimationem deberi*. Hoc caſu non habet quidem legatarius commercium rei, at eſt ea res tamen abitura ad fideicommiſſarium, qui commercium habet: quae eſt ratio, cur ab herede, cujus commercio exemta res eſt, recte legetur, nec *jus poſſidendi*, quod fideicommiſſario negat Ulp., idem eſt cum jure commercii; ut ecce, qui alio transferebantur juſſu Principis ſeu novas conſtituturi civitates, ſeu deſtitutas ſuppleturi (horum mentio eſt in *L. idem* 12. §. 1. *de excuſ. tut.*, & L. 4. *C. de jur. fiſ. Lib. X.*, in quam v. Cujac.) iis ibi, unde demigraverant, adeo jus non erat poſſidendi, ut non diſtracta ab iis praedia rationibus fiſci vindicarentur, *d. L.* 4. (ita erat ſperandum, ut veteris patriae obliti novas impenſiore ſtudio colerent ſedes) at eos habuiſſe inibi commercii jus, probat *d. L.* 4., quae capere illos permittebat ex teſtamentis parentum, dum tamen inde quaeſita diſtraherent. Secundum haec ſpeciem fingit Janus a Coſta unus omnium, ut mihi videtur, fidus interpres Ulpiani (*n*). De Marciani loco non eſt laborandum. *Si quid*, inquit, *alicui licite fuerit relictum*. Numnam *licite* relinquetur incapaci? Aeſtimationem legatario deberi, ait Juriſconſultus, non quia commercium jure non habet, ſed quia rem ipſam non poteſt habere ex cauſſa, quae extrinſecus advenit, uti rectiſſime Cujac. in L. 40. *de leg.* 1., puta, quod ſubdit Marcianus, *propter corporis ſui vitium* (veluti ſi qua civilis militia relicto ſit muto, qui ex accidenti, ut vides, ipſam militiam habere non poteſt) *vel propter qualitatem relicti*, *vel aliam quamcumque probabilem cauſſam*, veluti ſi Viro Clariſſimo, puta, Senatori, legentur annonae, teſſerae frumentariae, aliave, de quibus Cujac. *Obſ. VII*, 14. Haec habere Viros Clariſſimos dedecebat, L. *patronas* 35. *de leg.* 3. Iſtis caſibus aeſtimatio debetur, quia id genus legata magis in aeſtimatione conſiſtunt, quam in certo corpore. V. Cujac. in *L.* 22. *de leg.* 2.

§. XI. Quod valet legatum rei, quam teſtator ſcit eſſe alienam, multo magis valere debet legatum rei teſtatoris, quam hic alienam falſo putat. Non eſt aliunde petenda ratio iſtius juris, quam ex eo, quod valeat legatum rei, quae vere eſt aliena. Ratio illa Triboniani, *nam plus valet, quod in veritate eſt, quam quod in opinione*, ad rem non facit. Ad rem faceret, ſi quod in opinione eſt, non valeret: at valet legatum rei alie-

(n) *Cujacius in L.* 34. *de V. O. ex verbis Ulp.*, cui jus poſſidendi non eſt, *expungit particulam abnutivam invitis omnibus Libris: quam emendationem contra Robertum tuetur Controv.* III, 11. *Sed fugit utrumque ſententia ejus loci.*

Digitized by Google

alienae; quod eſt in opinione teſtatoris. Valet itidem legatum rei, quae falſo putatur eſſe legatarii, quamvis vere ſit teſtatoris, *quia exitum voluntas defuncti habere poteſt*, verba ſunt Triboniani §. 11. *h. t.*, quae, ſi recte attendantur, prorſus idem ſonant, quod verba ſuperius adſcripta, *nam plus valet &c.*, quae huc perbelle cadunt; quod enim in opinione eſt, non valeret: quum nemini res ſua utiliter legetur, §. 10. *h. t.*

§. XII. Rurſus quod valet legatum rei alienae, valere etiam perget legatum rei, quae tempore teſtamenti teſtatoris erat, tum fuit ab eo alienata, niſi ſi hoc animo adimendi legati ſit factum. Sic putaſſe Celſum, ſicque Severum & Antoninum reſcripſiſſe, ait Trib., unus ſententiae Celſi, ac Principalis reſcripti locuples teſtis hoc loco. Quae de tota re ſunt dicta, eadem & de parte alienata intelligenda ſunt, *h.* §. Facit *L. quae de tota 76. de rei vind.* Animum autem teſtatoris conjecturae produnt; nam ſi mera voluntate rem ille alienaverit, id, ut legatum adimeret, feciſſe intelligitur, *L. rem legatam 18. de adim. leg.*: ſecus ſi qua neceſſitate urgente, puta, ut ſe alieno aere liberaret, L. *fideicommiſſa 11.* §. 12. *de leg. 3.* Sunt hae merae juris praeſumtiones, quae contrariis probationibus cedunt. Ergo ſi nulla neceſſitate ſit alienatum, non deſiiſſe teſtatorem legandi animum habere legatarius probabit: ſi qua vero neceſſitas rei familiaris ſuaſerit alienationem, heres probabit, nihilominus teſtatorem poenituiſſe legati, *d.* §. 12. (o). Quod ſi rem legatam teſtator vivus alii donavit, *omnimodo*, h. e. ſine diſtinctione legatum extingui, ſcribit Modeſtinus in *d. L. 18.*; *haec enim diſtinctio in donantis munificentia non cadit, quum nemo in neceſſitatibus liberalis exiſtat*: qui loquendi modus omnem contrariam probationem excludit. Contra ſi teſtator rem legatam pignori vel hypothecae dedit, quum id non fiat, niſi ob cauſſam neceſſariam, *mutaſſe voluntatem circa legatariorum perſonam non videtur*, uti ab Impp. Severo, & Antonino reſcriptum eſt in *L. 3. C. de leg.* Quoniam autem τὸ *videtur* praeſumtionis eſt nota, facile adſentior Vinnio opinanti, non eſſe denegandam heredi contrariae probationis facultatem.

§. VI., & IX. Quid ſi legatarius rei alienae ſibi legatae dominium adquiſierit *vivo teſtatore*, quam ſpeciem ponit Trib. §. 6.; vel mortuo quidem teſtatore, ſed re non dum redemta ab herede: quam ſpeciem eadem ratio juris admittit? Intereſt, num ex cauſſa oneroſa, puta emtionis, aliave ſimili (p): an ex cauſſa lucrativa dominus ſit factus: ſi ex oneroſa, rei pretium, quod ei abeſt, actione ex teſtamento condicet, L. *plane 34.* §. 7. *de leg. 1.*, namque, ut bene Paulus in L. *Labeo 14. de V. S.*, *cui abeſt pretium, videtur ei abeſſe res* ipſa, quam teſtator legatarii eſſe voluit: ſi ex lucrativa, puta donationis, quoniam legatario non abeſt res, quia pretium non abeſt; jam voluntati teſtatoris factum eſt ſatis;

(o) *Scaevolae locum in* L. *praedia 27.* §. 3. *de inſtruct. leg.*, *ubi ea diſtinctio videtur negligi*, *unus meo judicio feliciter explicat A. Faber Conject. I, 6.*

(p) *Cauſſam dotis oneroſam eſſe, ne ambigas. Qui dotem petit, cum quodammodo creditorem, aut emtorem intelligi*, *ſcribit Julianus in L. ex promiſſione 19. de O. & A.*

tis, nec quidquam reliqui eſt, quod ille repoſcat ab herede: quae ratio eſt ejus, quod traditum eſt, *duas lucrativas cauſſas in eundem hominem, & eandem rem concurrere non poſſe*, d. §. 6., & *L. ſi ſervus* 108. §. 4. *de leg.* 1., *L. nutu* 21. §. 1. *de leg.* 3., & *L. omnes* 17. *de O. & A.*: cui juris regulae ut in toto, ita in parte rei legatae eſt locus, *L. non quocumque* 82. §. 3. *de leg.* 1.; unde conſequitur, quod poſt Julianum in d. L. 82. §. 2. Trib. habet §. 9. *h. t.*, *ſi cui fundus alienus legatus ſit, & emerit proprietatem deducto uſuſructu, & uſusfructus ad eum pervenerit* (venditore capite minuto, aut ex alia cauſſa lucrativa, quod ſubaudiendum eſt apud Trib.) *& poſtea ex teſtamento agat* (q); *officio judicis contineri, ut deducto uſufructu jubeat aeſtimationem praeſtari*. Eadem ratione ſubdit Trib. *d.* §. 6., ſi *ex duobus teſtamentis* (i. e. teſtamentis duorum, *d. L.* 34. §. 2.) eadem res eidem debeatur, intereſſe, utrum rem, an aeſtimationem ex teſtamento ſit conſequutus: ſi rem, agere non poſſe, quod eam habeat ex cauſſa lucrativa: ſi aeſtimationem, poſſe: quo diſcrimine accipiendum eſt, quod parum diſtincte ſcribit Ulp. *d.* L. 34. §. 2., ſi duorum teſtamentis mihi eadem res legata ſit, bis petere me poſſe, *ut ex altero teſtamento rem conſequar, ex altero aeſtimationem*. At nonne qui jamprimum conſequutus eſt aeſtimationem, hanc habet ex cauſſa lucrativa? Vero, ſed rem tamen non habet: magni autem refert, num quis rem habeat, an aeſtimationem. Qui rem habet, is item rei pretium habere intelligitur: qui aeſtimationem, non id item habet, quod parari ea pecunia poteſt, *L. tantum* 88. *de V. S.* Haec de eadem re duorum teſtamentis eidem legata ſcripta ſunt; nam ſi uno eodemque teſtamento eadem res ſaepius legetur, *amplius quam ſemel peti non poteſt, ſufficitque vel rem conſequi, vel rei aeſtimationem*, *d. L.* 34. §. 1.; nam regulariter teſtator ſaepius idem legando, non tam *ampliare legatum*, quam *loqui ſaepius intelligitur*, *L. ſi alii* 42. §. 1. *de uſufr.*, & L. *Maevius* 66. §. 5. *de leg.* 2.; niſi ſi alia ejus voluntas ſit: quo caſu *idem eſt*, *atque ſi duobus* (i. e. duorum) *teſtamentis legatum eſſet*, L. *quid ergo* 53. §. 2. *de leg.* 1. Actum hactenus de legato rei. *Res* eſt certa *ſpecies*, ſeu *corpus*, quod opponitur *quantitati*, ſeu *ſummae*, *d.* L. 34. §. 3.. In eamdem quantitatem duae lucrativae cauſſae recte poſſunt concurrere: proinde eadem quantitas duorum teſtamentis eidem legata bis debetur ſolida, quia non prorſus eadem res eſt, quamvis ſaepius legata eodem teſtamento ſemel debeatur, niſi teſtatorem multiplicare legatum voluiſſe, per legatarium manifeſte probetur, *d.* L. 34. §. 3. De corpore, & quantitate v. Cujac. *Obſ.* XIII, 19.

§. V. Legato rei alienae ſimile eſt legatum rei, quam teſtator obligaverat creditori, namque abeſt ei pretium, quo luenda res eſt: *cui autem pretium abeſt, ei videtur* ipſa *res abeſſe*, *L. Labeo* 14. *de V. S.* Hinc olim

(q) *Quod continuo ſubdit Trib.*, *legatarium recte petere* fundum (*quo nomine continetur* plena proprietas, *h. e. proprietas*, *& uſusfructus L. ſi a Titio* 10., *& L. ſi alii* 19. *de uſufr. leg.*) quia uſusfructus in petitione ſervitutis locum obtinet; *eſt id explicatu*, *& captu difficile*. *V. noſtr. jur. Obſ.* III, 27.

olim per damnationem ea res legabatur. Paul. *Sent.* III, 6. 8. Ergo quemadmodum res omnino aliena a teſtatore ſciente legata redimenda eſt ab herede, ita creditori obligata ab herede luenda eſt, ſi eam teſtator ſciebat obligatam; nam ſi neſciebat, legatarius luet, L. *ſi res* 57. *de leg.* 1.: ſicque reſcripſiſſe Severum, & Antoninum, inquit Trib. §. 5. *h. t.*, cujus reſcripti tantum in Inſtitutionibus mentio eſt. Interdum etiamſi teſtator rem eſſe obligatam ſciat, legatarius tamen debet eam nexu pignoris liberare: interdum etiamſi neſciat, luendi onus incumbit heredi. Ut luat legatarius, id *expreſſiſſe* teſtatorem, neceſſe eſt, *d.* §. 5.: ut heres luat conjectura voluntatis eſt ſatis, veluti ſi proximae perſonae legatum ſit, uti de legato rei alienae dictum eſt: aut ſi tantum ſit debitum, quod luendae rei gratia exſolvendum eſt, ut non ſit legatarius lucri quidquam facturus: quo ſpectat *d. L. ſi res* 57., de cujus tamen lectione magnae ſunt turbae. V. Cujac. in *tit. D. de leg.* 1., Donell. *Comm.* VIII, 9, J. Goth. *Animadv. jur. c.* XVIII., Fachin. *Controv.* XII, 43., Vinn. in *h.* §., & Heinec. in *Vinn. h. t.*

§. VII. Porro quod in rerum natura non eſt, ſi modo ſperetur futurum, utiliter legatur; veluti quod ex eo fundo, eave ancilla naſcetur, §. 7. *h. t.* Id autem vel certa quantitate expreſſa, vel non expreſſa quantitate poteſt legari. Utramque formulam habes apud Pomp. *in L. quod in rerum* 24. *de leg.* 1. Si nihil in rerum natura coepit eſſe, nihil debetur: ſi non tantum, quantum expreſſum eſt; legatarius eo, quod natum eſt, contentus eſſe debet, *L. ſi quis* 8. §. 2. *de leg.* 2., *L. quum certus* 5. *de tritic. leg.* Alia eſt cauſſa ejus, quod nec eſt in natura, nec poteſt eſſe. Impoſſibilium nullum eſſe commercium, explorata res eſt.

§. XIII, & XXI. Ad haec quoniam non ſolum corporales res, ſed etiam incorporales in patrimonio, atque adeo in commercio ſunt; patet, non minus has, quam illas poſſe legari, §. 1. *h. t.*, & *L. cetera* 41. *de leg.* 1. Pertinet huc legatum ejus, quod debetur defuncto: id autem ſi ipſi debitori legetur, legatum *liberationis* proprie dicitur, *tit. D. de liberat. leg.*: ſi tertio, legatum *nominis*, *L. ſervum* 44. §. 6. *de leg.* 1. Liberationem debitori poſſe legari *jam certum eſt*, inquit Ulp. in *L.* 3. *de lib. leg.* τὸ *jam* eſſe argumento poteſt, fuiſſe aliquando de ea re dubitatum, fortaſſe quod legari domino res ſua videretur: quo ſpectat illud ejuſdem Ulp. in *L.* 1. *eod.*, *Omnibus debitoribus, quae debent, recte legantur, LICET DOMINI EORUM SINT.* Ita autem placuit, nam qui legat liberationem, non pecuniam legat, quae debetur, quaeque, antequam creditori tradatur, in dominio eſt debitoris, ſed jus ſuum, i. e. actionem remittit. Et vero iſtius legati utilitas in hoc eſt poſita, quod *neque ab ipſo debitore, neque ad herede ejus poteſt heres petere, neque ab alio qui heredis loco ſit* (veluti bonorum poſſeſſore, eove, cui reſtituta eſt hereditas ex fideicommiſſo) quodque *poteſt heres a debitore conveniri, ut liberet eum*, §. 13. *h. t.* Ergo legata liberatione non ſolvitur jure ipſo obligatio, hereſque poteſt nihilominus petere, quamvis petat ſine effectu: quo ſenſu *non poſſe* eum *petere*, ſcriptum eſt in *d.* §. 13., & *L. ſi quis* 15. *de lib. leg.* In ſumma effectus legati hic eſt. Liberatione mihi relicta, ſi

a me

a me petatur, exceptione doli mali uti poſſum: ſi non petatur, poſſum agere ut liberer, *d.* L. 3. §. 3. Quid interſit, num unus ſit debitor, an plures rei promittendi, belle docet Ulp. *d.* §. 3. Si vero heres damnetur, ne ad certum tempus petat, ſola temporalis exceptio continetur legato: agere autem, ut liberetur, debitor non poteſt, L. *non ſolum* 8. §. 1. Quod ſi quis ſibi debitum tertio leget, id velle intelligitur, ut huic heres cedat actiones, nam jus ipſum obligationis tanquam jus perſonae tranſire ad legatarium non poteſt, §. 21. *h. t.*, L. 44. §. 6., & L. *legatum* 105. *de leg.* 1. Mandatis actionibus, legatarius directas exercebit ejus nomine, qui mandavit: non mandatis, experietur utilibus nomine ſuo, L. 18. *C. de leg.*: quod poſterius utilitatem ſummam habet; nam ſaepe ceſſio in longum ducitur: quandoque etiam cedi actio non poteſt, ut in L. 1. *C. de O. & A.* Idem eſt nomine vendito, vel donato, L. *ſi cum emtore* 16. *D. de pact.*, L. 5., & 7. *C. de heredit. vel act. vend.* Exacta autem a teſtatore pecunia, aut liberato quovis alio modo debitore, extinguitur legatum, *d.* §. 21., L. *ſi ſic* 75. §. 2. *de leg.* 1., & L. *ſi id* 21. *de lib. leg.* Interdum non extingui, praeclare demonſtrat Vinnius in h. l. Poſtremo recte legantur facta, veluti ſi damnetur heres domum alicujus reficere, *d.* §. 21., aut ſi quid alienare alicujus *perſonae reſpectu* prohibeatur, L. *filiusfam.* 114. §. 14. *de leg.* 1.

§. XXIV. uſque ad XXVIII. Sequuntur perſonae, quibus legari poteſt, vel non. *Legari illis ſolum poteſt, cum quibus teſtamenti factio eſt*, i. e. ſolum iis, qui poſſunt capere ex teſtamento, §. 24. *h. t.*: Capere olim non poterant legati, fideicommiſſive titulo perſonae incertae, puta quas *incerta opinione animo ſuo teſtator ſubjiciebat*, §. 25. *h. t.*, ut in formula illa Ulpiani *Fragm.* XXIV, 18., *Quicumque filio meo filiam ſuam in matrimonio conlocaverit, ei* (r) *homini tot millia dato* Nullum militaris teſtamenti, nullum (s) libertatis privilegium erat in hac re, *d.* §. 25. Beneficia nemo, qui ſanus eſt, confert in ignotos. Quod vero de re cuique ſua, ut libitum, ſtatuere naturalis ratio permittit, relicta incertis perſonis per errorem ſoluta *repeti non poſſe, ſacris Conſtitutionibus* (quae deſiderantur) *cautum erat* (t), *d.* §. 25. Sed non una incertarum perſonarum ratio erat, nam *ſub certa demonſtratione, i. e. ex certis perſonis incertae perſonae recte legabatur: veluti, Ex cognatis meis, qui nunc ſunt, ſi quis filiam meam uxorem duxerit, ei heres meus illam rem dato*, *d.* §. 25.: quo exemplo docemur, tum demum legari potuiſſe perſonis incertis, ſi certum eſſet earum genus, ac tale, ut perſonas ſub eo comprehenſas noſſe

F f om-

(r) *Quod nota* H. *veteribus eſſet quum* heres, *tum* homo, *ſcriptum fuiſſe apud Ulp. ſuſpicatur* Schultingius H. M., heres meus: *librarium vero perſcripſiſſe* homini, *quae vox eſt in formulis legatorum inſolentiſſima.*

(s) *Ait Paulus Sent. IV*, 14. 1., Nominatim ſervi teſtamento manumitti ſecundum L. Fuſiam poſſunt, *i. e. debent. Quandoque poſſe eſt debere, & contra. V. Cujac. Obſ.* XXV, 12. *Ita* ſolere *interdum eſt* oportere. *V. noſtr. jur.* Can. *Inſt.* II, 8.

(t) *In antiquis Libris legitur* cautum eſt. *Marcilius mavult*, extat, *pro quo facili mutatione ſcripſere librarii* erat. *Certe hoc jure etiam nunc utimur.*

omnes poſſet teſtator: atque hinc petenda ratio, cur (u) olim Civitatibus inutiliter legaretur. A perſonis incertis tranſitum facit Trib. ad poſtumum alienum, puta eum, qui natus inter ſuos heredes teſtatori futurus non eſt, veluti nepotem ex emancipato filio conceptum; eique *antea inutiliter legatum* ſcribit §. 26. *h. t.*: tum §. 27. novam Juſtiniani Conſtitutionem meminit de perſonis incertis: qui rerum ordo indicium facit, olim poſtumum quaſi incertam perſonam jure eodem cum perſonis incertis cenſitum, forte quod ſciri non poſſet, cujus generis, cujuſve numeri, & num eſſet naſciturus. At enim recte legatum poſtumo ſuo, qui aeque erat incertus. Vero, ſed poſtumum ſuum ut ut incertum inſtitui heredem poſſe placuit, ne adgnatione ſui heredis rumperetur teſtamentum, cujus tuendi gratia quaedam permiſere Romani praeter regulas juris: poſtquam autem ita coepit cum poſtumo ſuo eſſe factio teſtamenti, denegari ei jus capiendi legati, erat prorſus abnorme. De nova Juſtiniani Conſtitutione Trib. d. §. 27. haec habet, *Sed nec hujuſmodi ſpecies penitus eſt ſine juſta emendatione relicta: quum in noſtro Codice Conſtitutio poſita eſt, per quam & huic parti medemur non ſolum in hereditatibus, ſed etiam in legatis, & fideicommiſſis: quod evidenter ex ipſius Conſtitutionis lectione clareſcit*. Fuit

Con-

(u) *Nervam primum Civitatibus legari permiſiſſe, teſtis eſt Ulp. Fragm.* XXIV, 28. *Non me movet Plinianum illud ex Ep. V*, 7., Nec heredem inſtitui, nec praecipere poſſe Rempublicam, conſtat, *quamvis ſcriptum poſt Conſulatum, ac ſub Trajano Nervae ſucceſſore*, *cujus rei argumento eſt, quod mox ſubdit Plinius de ſua in Novocomenſes liberalitate collatum cum veteri titulo apud Gruterum p.* CCCCLIV., & MXXVIII. *Me*, *inquam*, *non movet*, *non quod ſpectare Plinium putem ad Legem aliquam municipalem: quae eſt conjectura Claudii Minoe in eum l.; ſed quia de legato Ulpianus, de hereditate loquitur Plinius. Ante Nervam nec legatum, neque hereditatem capere poterant Civitates. Ulp. Fragm. XX, 5. Nerva jus dedit capiendi tantum legati: veterem legem, quae capere vetabat etiam hereditatem, non ſolvit. Utriuſque rei auctor nobis Ulp. XXII, 5., & XXIV, 28.: auctor meo judicio Plinius ipſe; ut quid enim ſolas praeceptiones Civitati negat? Nempe quia praecipere niſi heres non poteſt. Ergo alia legatorum genera Civitati tacitus concedit. Eadem hereditatis, quae legati ratio erat: ſed quid illi facias, qui quum permittere utrumque poſſet, maluit alterum indulgere? Addit ibid. Ulp.*, *quod fuerat a Nerva introductum*, poſtea *fuiſſe a* Senatu, auctore Adriano, diligentius conſtitutum. *Quid novi conſtituerit Senatus, quodve fuerit nomen* Senatuſconſulti, *ignoramus. Certe huc non pertinet S. C. Apronianum, quo de fideicommiſſis univerſalibus eſt actum, L. omnibus 26. ad Trebel. Emendationem Cujacii pro* Adriano *reponentis* Marco, *cui hoc idem jus tribuit Paulus in L. quum Senatus 20. de reb. dub.*, *non probo. Senatum temporibus Marci* Collegiis *permiſiſſe legare. Paulus inquit. Porro ait Gajus in L. ſi heres 73. §. 1. de leg. 1.*, Imperatorem ſuum (*fuit hic idem Marcus*) *reſcripto ſignificaſſe*, Vicis legata perinde licere capere, atque Civitatibus. *Igitur Legem Nervae per Adrianum confirmatam, ac fortaſſe etiam nova aliqua acceſſione auctam Marcus a Civitatibus produxit ad Collegia, & Vicos. V.* Schulting. *in Ulp.*

Digitized by Google

Conſtitutio haec in Codicem, quo nunc utimur, inſerta; namque ejus meminere Photius, Balſamon, ac Theophili Scholiaſtes, non alio Codice uſi, quam noſtro. Sed nunc eam in Codice fruſtra quaeras. Num ideo interciderit, quia eam graece ſcriptam imperiti librarii omiſere, an alia de cauſſa, diſputat Strauchius in *Diſſ. De incertis perſonis*. Num ea jus tantum de poſtumo alieno emendaverit, an itidem jus de incertis perſonis, video etiam diſputatum. Et hoc ego verius arbitror auctoritate motus quum Theophili, qui Conſtitutionem probe novit, tum ipſius Triboniani, qui primum ait *d.* §. 27., ea Conſtitutione derogatum juri antiquo etiam *in fideicommiſſis*: quod verbum ad incertas quidem perſonas pertinet, quibus non poterant olim relinqui fideicommiſſa, non ad poſtumum alienum, cui bene poterant: deinde ſubdit, nec per novam Conſtitutionem dari incertum tutorem poſſe, ut olim non poterat, *L. tutor* 20. *ac teſt. tut.*, namque intereſt pupillorum certos, ac teſtatori notos tutores habere, maxime quum dati teſtamento non ſatiſdent: cui exceptioni locus non erat in Conſtitutione, qua tantum de poſtumo alieno ageretur. Quid autem novi caverit Juſtinianus de perſonis incertis, non liquet. Tribonianus alias tam multus heic compendio ſtudet. Id unum facile eſt colligere ex prioribus verbis *d.* §. 27., Juſtinianum non omnino abrogaſſe jus vetus, ſed ex parte emendaſſe. Plerique interpretum deperditae Conſtitutioni hanc ſententiam affingunt, incertis perſonis recte legari, ſi qua ratione fieri certae poſſint vel ex praeſenti, vel ex futuro eventu. At vero hoc idem erat jure veteri comprehenſum. In *L. quidam* 5. *de reb. dub.* valere dicitur legatum relictum hac formula, *Si quis reſtitutionem mihi impetraverit ab Imperatore, volo dari ei aureos tot*. In *L. ſi quis* 14. *eod.* probatur hoc legatum, *Illis, qui teſtamentum ſignaverint, heres meus decem dato* (x). Ego arbitror, Juſtinianum confirmaſſe jus vetus de legato relicto perſonis incertis, ſi aut ex certo genere eſſent, aut ex praeſenti, futurove eventu certae fierent: tum nova quaedam addidiſſe de relictis Curiae, Medicis, Advocatis, Militibus, Collegiis ſive licitis, ſive illicitis, aliaque ſimilia, ſecus ac fuerat de iis ſtatutum jure antiquo: cujus rei argumento ſunt inſerta in Codicem *Lib. VI. tit. XLIII.* ex Nomocanone Photii, & Balſamonis: ad haec legari permiſiſſe poſtumo etiam alieno, cui antea inutiliter fuiſſe legatum, ſcribit Trib. *d.* §. 26. Sed & aliud fortaſſe fuit nova Juſtiniani Conſtitutione cautum de poſtumo alieno: quod explicatis §. 28. *h. t.*, & *pr. tit. de bon. poſſ. Lib.* III. facile intelligetur. Ait Trib. *d.* §. 28.; *Poſtumus alienus heres inſtitui & ante poterat; & nunc poteſt, niſi in utero ejus ſit, quae jure noſtro uxor eſſe non poteſt*. Eſt cur mireris, quod cui olim legari non poterat, is poſſet heres ſcribi. Cave tamen, ne eo delabaris, quo Alciatus *Parerg. IX*, 1. pro *alienus* reponens *non alienus*. Obſtant quum omnium Codicum fides, tum ea exceptio, *niſi in utero ejus ſit &c.*, hic enim certe naſcitur alienus: protritum eſt autem, regulam & exceptionem de re plane eadem intelligi oportere. Commode huc cadit illud Juliani, *non omnia, quae a majoribus conſtituta*

 ſunt,

(x) *In d. L.* 5., *ac d. L.* 14. *v. meas jur. Obſ.* I, 25.

Digitized by Google

ſunt, *rationem reddi poſſe*, *L. 20. de LL.* Ita poſt Nervam poſſe coepi legari Civitatibus, & nihilominus inſtitui heredes non poterant. Multo magis mirandum eſt, quod non conſtet ſibi Tribonianus *pr. tit. de bon. poſſ.* ſcribens, olim alienum poſtumum inſtitui heredem non potuiſſe *jure Civili*, a Praetore tamen admiſſum data ei bonorum ſecundum tabulas poſſeſſione. Sunt qui *τὸ antea* in *d.* §. 28. ſpectare putent ad Edictum Praetoris. Male. Tribonianus alienum poſtumum *antea* potuiſſe inquit *heredem inſtitui*, quod eſt verbum juris Civilis. Praetor bonorum poſſeſſorem facit. Bene Charondas *Veriſim.* I, 15. Τὸ *antea* in *d.* §. 28. refert ad tempora XII. Tab., *τὸ jure Civili* in *d. pr.* ad jus introductum interpretatione Prudentum, quod *communi nomine Jus Civile appellatum*, tradit Pomp. in *L.* 2. §. 5. *de O.* Ergo alienus poſtumus *antea*, h. e. Legibus XII. Tab. recte inſtituebatur heres pro poteſtate quam patriſam. Leges illae latiſſimam dedere. Auctoritatem Theophili numero heredum, quos ſcribi permiſerunt Decemviri, alienum poſtumum eximentis nihil moror. Ut nullo is argumento movetur, ita multis conſtat, eum ſaepe ignoraſſe Romanas antiquitates. Mox vero *jure Civili*, h. e. interpretatione Prudentum non poſſe coepit heres ſcribi poſtumus alienus; quo factum, ut opus ei fuerit indulgentia Praetoris: at ille inſtitui heres *nunc poteſt*. Quo jure? *Conſtitutione Juſtiniani*, ait Trib. *d. pr.*, quae ea ipſa Conſtitutio eſt de perſonis incertis diu fruſtra quaeſita. Ergo & hoc habebat ea Conſtitutio, poſſe alienum poſtumum inſtitui heredem.

§. XXXII, & XXXIII. Quemadmodum heredi a ſemetipſo inutiliter legatur, *L. legatum* 116. §. 1. *de leg.* 2., ita inutiliter legatur ſervo heredis, ex cujus perſona teſtamenti factio cum ſervo eſt, §. 32. *h. t.*, *L. non minus* 31. *de hered. inſt.*: nec, quod ſervus vivo teſtatore de poteſtate heredis exiit, utile fieri legatum patitur regula Catoniana, *d.* §. 32. Haec ita cauta ſunt, ſi ſervo heredis pure legetur: caeterum recte *poſſe ſub conditione legari ei, qui in poteſtate, manu, mancipiove eſt ſcripti heredis*, ait Ulp. *Fragm. XXIV*, 23. ubi *poteſtas* de filiofam. dicitur, *manus* de uxore matreſam. (qua de re in mea *Diſſ. De uxoris in manum viri conventione*) *mancipium* de ſervo, uti ſcite Cujac. in eum l.: ad conditionalia autem legata pertinere regulam Catonianam, certi juris eſt, *L. cetera* 42. §. 2. *de leg.* 1. Ergo ſi ſub conditione legatum ſit ſervo heredis, requirendum eſt, *an quo tempore dies legati cedit, in poteſtate heredis non ſit*, *d.* §. 32. Cedit dies, quum res incipit deberi, *L.* 213. *de V. S.* Legati puri dies cedit a morte teſtatoris, excepto ſi uſusfructus, aut libertas legetur; quibus caſibus cedit dies poſt aditam hereditatem, *L. un.* §. 1. 5. & 6. *C. de cad. toll.* Conditionalis legati dies non ante cedit, quam conditio fuerit impleta, *L. ſi poſt* 5. §. 2. *quand. dies leg.* Contra domino ſervi heredis ſcripti etiam ſine conditione utiliter legatur, quemadmodum a filiofam. herede etiam pure legatur patri, *L.* 25. *de leg.* 1. nam etſi ſtatim poſt factum teſtamentum deceſſerit teſtator, *non tamen apud eum, qui heres ſit, dies legati cedere intelligitur*, §. 34. *h. t.*: quorum verborum haec eſt ſententia, non ad eum, ad quem hereditas pertinet, pertinere itidem legatum, quod habet abſurdi ſpecies propoſita in §. 32. Et

ve-

vero dominus per ſervum fit heres non jure ipſo, ſed adita a ſervo juſſu ejus hereditate; ut, ſi contigerit, ſervum non dum adita hereditate alienari, aut manumitti, alio abitura ſit hereditas, alio legatum. Locus Ulpiani *Fragm.* XXIV., 24., *Ei, cujus in poteſtate, manu mancipiove eſt heres ſcriptus, legari non poteſt*, certe corruptus eſt, & expuncta negatione reſtituendus. Cujac. *Obſ. VI*, 37.

§. VIII. Jam porro de modo legandi videamus. Interdum teſtator rem eandem pluribus legat *conjunctim*, vel *disjunctim*. Legat conjunctim, ſi dicat, *Titio*, & *Sejo hominem Stichum do, lego*: disjunctim, ſi dicat, *Titio hominem Stichum do, lego. Sejo hominem Stichum, aut eundem hominem do, lego*, § 8. *h. t.* Ergo rem eſſe prorſus eandem, neceſſe eſt: conjunctos, disjunctosve facit oratio vel una, vel multiplex. Sed qui oratione *disjuncti* ſunt, ii re ſunt *conjuncti*: quo fit, ut non raro in Libris juris iidem *disjuncti*, & *conjuncti* dicantur. *Triplici* autem *modo conjunctionem intelligi*, Scribit Paulus in *L.* 142. *de V. S., aut re, aut re & verbis, aut verbis tantum*. Re conjuncti videntur, non etiam verbis, inquit idem Paulus in L. *re conjuncti* 89. *de leg.* 3., *quum duobus ſeparatim*, h. e. diverſis orationibus *eadem res* (ſubaudi, ſolida) *legatur*, ut in hac formula, *Titio fundum lego. Sejo eundum fundum lego*. Re & verbis conjuncti ſunt, *quos & nominum, & rei complexus jungit*, *d.* L. 142., i. e. quibus una oratione eadem res ſolida legatur, ut in hac formula, *Titio & Sejo fundum lego*. Verbis tantum conjuncti ſunt, quos nominum, non item rei complexus jungit, h. e. quibus una oratione res legatur, non ſolida, ſed aequis partibus pro diviſo, ut in hac formula, *Titio & Sejo fundum aequis partibus do, lego*, *d.* L. 89. Tò *aequis* momentoſum eſt, nam re ex diſparibus partibus legata nullus eſſe poteſt nominum nexus: unde nuſquam in jure verbalis conjunctionis mentio fit; quin & aequarum partium fiat, *d.* L. 89., L. *quum ſingulis* 11. *de uſufr. adcr.*, & L. *ſi ita* 66. *de her. inſt.* V. Govean. *Animadv. c. VI.*, & Fabr. *Conject. VI*, 1. Momentoſum quoque eſt τὸ *partibus* hoc loco *partis* appellatione res pro indiviſo ſignificatur ex ſententia Q. Mucii apud Paulum in L. *recte* 25. §. 1. *de V.* S. Si aeque ſint partes, ſed tamen tales, ut demonſtrari una queat ſine altera, legatarii nullo modo conjuncti ſunt: namque ad verbalem conjunctionem eſt opus, ut legatarii vocentur ad diverſas partes ejuſdem rei: at vero fundi pars pro diviſo non eſt pars fundi, ſed fundus, L. *ſi quis* 6. §. 1. *comm. praed.*, ac *d.* L. 25. Conjunctionis affectus eſt *jus adcreſcendi*, i. e. jus, quo pars deficientis adquiritur conjuncto: quod non ita proprium eſt legatorum, ut non idem jus ſit in fideicommiſſis ſingularibus, mortis cauſſa donationibus, hereditatibus directo, vel per fideicommiſſum delatis teſtamento, aut lege, poſſeſſionibusve bonorum, L. *un.* §. 10. 11. & 14. *C. de cad. toll.*, L. *ſi totam* 83. *de adq. her.*, & L. *bona* 3. §. *ult. de bon. poſſ.* Deficere dicitur Triboniano is, qui aut ſpernit legatum, aut vivo teſtatore decedit, aut alia quavis de cauſſa, puta, quod in metallum damnatus, deportatusve eſt, non concurrit. Lege Papia Poppaea (y) *caduca*, vel *quaſi caduca* cedebant aerario,

(y) *Hanc tulere ad populum M. Papius Mutilus, & Q. Poppaeus Secundus ſuffecti Coſſ. an U. DCCLXII. Dio Lib. LVI. p.* 578.

Digitized by Google

rio, cui tum Antoninus Baſſianus, ſeu Caracalla ſubſtituit fiſcum: Ulp. *Fragm. XVII*. 2. (z). Ita aerario bellis civilibus ac largitionibus exauſto conſultum. Tacit. *Annal. III.* 25. Erant *caduca*, quae mortuo teſtatore ante apertas tabulas deficiebant, ſive quod iis caderet heres, legatariuſve (Ulp. *Fragm. XVII*, 1. Iſid. *Orig. V.* 25.) ſive quod ea ab herede legatariove in fiſcum caderent, quemadmodum *caduca glans* dicitur in L. *ſilva* 30. §. de V. S. Erant *quaſi caduca*, ſive *in cauſſa caduci* (aa), quae deficiebant poſt teſtamentum teſtatore adhuc vivo, *d.* L. *un.* §. 2. Sed Juſtinianus caducis, & quaſi caducis ſublatis in *d.* L. *un.* reſtituit jus vetus, quo locus erat juri adcreſcendi. Iſta quam diligentiſſime perſequitur Heinec. *ad* L. *Jul. c. V.* & *VI.*

§. XXII. Spectat huc legatum *generis*. Juriſconſulti dicunt *genus*, quod Dialecti *ſpeciem*: dicunt *ſpeciem*, quod Dialecti *individuum*. Paul. in L. *poſſideri* 3. §. 21. *de adq. poſſ.* Apud Juriſconſultos *homo* genus eſt, *Stichus* ſpecies: apud Dialecticos *Stichus* eſt *individuum*, *homo* ſpecies. Legatum generis, puta, hominis, valet, §. 22. *h. t.* Non obſtat illud Papiniani in L. *quum poſt* 69. §. 4. *de jur. dot.*, *fundo non demonſtrato nullum eſſe legatum*, nam quod de fundo, non idem de homine reſpondiſſet Papinianus. Sunt quaedam genera, veluti *brutum*, *homo*, quorum ſpecies certam habent definitionem natura coſtitutam, ut *bos*, *Stichus*: ſunt alia, veluti *fundus*, *domus*, quorum ſpecies *non natura*, ſed *noſtra deſtinatione coſtituuntur*, L. *quod in rerum* 24. §. 3. *de leg.* 1.; nam vel minima fundi pars, quam *funda poſſis mittere*, uti Varro ajebat apud Quintil. *Inſt. VIII*, 6., recte dicitur fundus (Ulp. in L. *locus* 60. *de V.* S., Valla *Eleg. VI*, 41. (& quaevis pars domus pro domini deſtinatione domus recte appellatur, *d.* L. 24. §. 3. Permagni autem refert, num hoc, an illud genus legetur. Non demonſtrato fundo, ſi teſtator nullum reliquerit legatum quaſi deriſorium non valet, L. *ſi domus* 71. *de leg.* 1.: non demonſtrato homine, quamvis teſtator nullum reliquerit, valet legatum, emenduſque homo eſt, qui legatario detur arg. L. *omnia* 32. §. 5. *de leg.* 2., ubi quum ſcribat Modeſtinus, ſi non reperiantur ſpecies *nominatim* legatae, peti ex teſtamento non poſſe; indicium facit, ſecus ſe rem habere, ſi non ſpecies nominatim legata ſit, ſed genus: quod de eo genere accipiendum eſt, cujus ſpecies natura conſtituuntur, ne alioqui *d. L. omnia* pugnet cum *d. L. ſi domus*. Jam re generaliter legata electio eſt legatarii, non heredis, *d.* §. 22., *d. L.* 71. Id aetate Africani controverſum jus erat, *L. ſi ſervus* 108. §. 2. *de leg.* 1. Tandem placuit, electionem legatarii eſſe, *niſi aliud teſtator dixerit*, *d.* §. 22., ubi *τὸ dixerit* nullum facit reliquum conjecturae locum: qua de re in meis *Obſ. jur. II*, 30. Ergo heredi expreſſe permittenda electio eſt, ut in *L. ſervo* 12. *de opt. ſerv.* Sive autem heredis, ſive legatarii electio ſit, id eſt obſervandum, ne quod optimum, vel peſſimum eſt, accipiatur, *L. legato* 37. *de leg.* 1. Modus ſervandus eſt. Quid olim intereſſet, num per vindicatio-

nem,

(z) *In hunc Ulp. locum v. Cujac. . & Schulting.*

(aa) *Non raro Juriſconſulti verbo* cauſſa *utuntur pro* quaſi, L. 1. §. 2. *de tab. exh.*, L. 1. §. 10. *ſi is, qui teſt. lib. Heinec. ad L. Jul. V.* 2,

nem, an per damnationem fuiſſet legatum, tradidi *Obſ. III*, 25.

§. XXIII. A legato generis proxime abeſt legatum optionis, i. e. ubi teſtator *ex ſervis ſuis, vel aliis rebus optare*, h. e. eligere *legatarium jubet*, §. 23. *h. t.* Papinianus *ſervi optionum* enumerat inter actus legitimos, *L. actus legitimi* 77. *de R. J.*: unde *optionem verba ſolennia* apud Auctorem Declamationum *Decl. IV*. Idem de cujuſvis rei optione jus erat. Quod Romae nullius rei frequentius, quam ſervorum optio legaretur, Juriſconſulti a frequentioribus exempla petere adſueti (Duaren. *Diſp.* I. 15.) de optione legata agentes *ſervi* ut plurimum meminere. Sed alterius etiam rei mentio eſt in *h.* §., in *L. ult. C. comm. de leg.*, & *L. hac actione* 3. §. 6. *D. ad exhib.* Num alius praeter tres iſtos ſit locus juris, quo alterius rei optio legetur, ignoro. Legatum optionis conditionale olim erat: proinde non optante legatario ad heredem non tranſmittebatur, *d.* §. 23. Tacite quidem inerat conditio iſta, quo ſpectat illud Triboniani, *habebat olim in ſe conditionem*; ſed eximebatur tamen Papinianeae illi juris regulae, *Conditiones extrinſecus, non ex teſtamento venientes, i. e. quae tacite ineſſe videntur, non faciunt legata conditionalia*, L. *conditiones* 99. *de cond. & dem.*; quaſi ſic manifeſte proficiſceretur ex voluntate teſtatoris, ut non extrinſecus venire videretur. Tandem Conſtitutione Juſtiniani permiſſum eſt heredi optare, ſublata conditione: ac *diligentiore tractatu habito* (*tractatus*, graece διάλεξις, eſt rei, quae in teſtimonium venit, explicatio. Bertrand. in *Papin. p. m.* 15.) *& hoc in Conſtitutione additum eſt*, ſi aut plures legatarii, quibus optio relicta eſt, aut plures unius legatarii heredes in eligendo corpore diſſentiant, ne pereat legatum (quod plerique prudentum *contra benevolentiam*, i. e. contra benignitatem introducebant) optionis judicem eſſe fortunam, ut quem ſors praetulerit, is eligat, aliis aeſtimationem partium illaturus *d.* §. 23. Leges ſorte dirimi controverſias jubent, ſi aliter non poſſint, L. *ſed cum* 14. *de judic.*, & L. 2. *C. quand. & quib. quarta pars deb. Lib. X.* Quandoque veteres micaſſe digitis, probant Varronis, Tullii, ac Suetonii teſtimonia apud Vinnium h. l. Poſſet quandoque locus eſſe arbitrio juſdicentis. Sed ne hic aliquam ambitionis vel gratiae ſuſpicionem ſubeat, *Leges* ſortem praeferunt, L. *generaliter* 24. §. 17. *de fideic. lib.* Juſtiniani Conſtitutionem de conditione legati optionis tollenda fruſtra quaeres in Codice. V. noſtr. *Diſſert. IX.* Optione legata liberum legatario eſt optimum eligere, L. *ſi quis* 9. §. 1. *de dol. mal.*

§. XXIX. XXX. XXXI. juncto §. XV. *Sequuntur* tres juris regulae. Prima eſt, ſi in nomine, cognomine, praenomine, aut *(bb)* adgnomine lega-

(bb) *Nihil eſt, cur* τὸ adgnomine *expugnatur ex d.* §. 29. *Deeſt quidem illud in paraphraſi Theophili: deerat in veteribus quibuſdam Codicibus Hotomani; ſed non deerat tamen in antiquis MSS. A.* Contii, *non deeſt in* L. 4. *C. de teſtam.*, *unde is* §. *deſcriptus eſt. Gordiani locus in d.* L. 4. *argumento eſt plane magno, ut deſint alia, non fuiſſe adgnomina veteribus inaudita. Magnis animis de hac re diſputarunt Car.* Sigonius, *& Fr. Robertellus, quorum commentarios habes in Theſ. Critic. tom.* 1. *&* 2. *V. etiam Fabret. claſ.* I. *p.* 22, *&* 23.

legatarii ſit erratum, ſi de perſona conſtet, nihilominus valere legatum; §. 29. *h. t.*, & L. 4. *C. de teſtam.* Idem de heredis inſtitutione jus eſt, *d.* §. 29. Et vero nomina ſignificandorum hominum gratia reperta ſunt: num autem hi nominibus, an aliis quibuslibet notis deſignentur, nihil intereſt: nec verba debent tanti valere, ut non pluris ſit manifeſtiſſimus ſenſus teſtatoris, *d.* §. 29., & L. 3. *C. de lib. praet.* Sed ſeparanda ſunt hoc loco *hominum vocabula* a *vocabulis rerum*. Haec ſunt, quae dictitant *appellativa*, ut *veſtis*, *ſupellex*: illa ſunt, quae vocant *propria*, ut *Cornelius*, *Sempronius*, itemque a propriis hominum nominibus deducta; ut *Cornelianus*, *Sempronianus*. V. Ferand. Adduenſ. *Explicat* I, 1. *Vocabula hominum*, ſi comica veterum excipias, non ſic imponuntur, ut proprium cujuſque ingenium explicent: quod faciunt *vocabula rerum*: unde haec *non ex opinionibus ſingulorum*, *ſed ex communi uſu exaudiri debere*, Servius ait apud Celſum in *L. Labeo* 7. §. 2. *de ſupel. leg.*, & *immutabilia* eſſe, ſcribit Ulp. in L. *ſi quis* 4. *de leg.* 1.: illa *mutabilia* ſunt. Ex his recte infert Ulp. *d. L.* 4., ſi quis in fundi vocabulo erravit, Cornelianum nominans pro Semproniano, deberi Sempronianum: ſi quis vero, quum vellet veſtem legare, ſupellectilem adſcripſit, putans, ſupellectilis appellatione veſtem contineri, non deberi veſtem. Ita quandoque magis proprietas verborum, quam mens teſtatoris attenditur praeter regulas. V. *d. L.* 7. §. 2., & meas *juris Obſ. IV*, 28. Secunda regula conſectaria eſt primae; quod enim error nominis legato, aut inſtitutioni non nocet, nocere item non debet falſa demonſtratio, quae *vice nominis fungitur*, L. *nominatim* 34. *de cond. & dem.*; quid enim intereſt, rem nomine, an alia quavis nota demonſtres? Ergo ſi ita ſit legatum, *Stichum ſervum meum vernam*, h. e. domi natum ex ancilla, vel *Stichum, quem a Sejo emi, do, lego*, legatum valet, quamvis nec verna ſit, neque emtus a Sejo: dum tamen conſtet, ſenſiſſe teſtatorem de re, quam legavit; §. 30. *h. t.*, & L. *demonſtratio* 17. *eod.* Hinc petenda ratio ejus, quod a Severo & Antonino reſcriptum tradit Trib. §. 15. *h. t. ſi maritus, quam non accepit dotem legaverit uxori, ſi quidem ſimpliciter* (h. e. non deſignata certa quantitate, aut ſpecie) *inutile eſſe legatum: ſi vero certa pecunia, vel certum corpus, aut inſtrumenta dotis* (h. e. certa ſeu quantitas, ſeu ſpecies in dotalibus tabulis expreſſa) *demonſtrata ſunt, valere legatum*. Poſteriore hoc caſu *falſa demonſtratio non perimit legatum*: priore illo utile eſſe legatum non poteſt, *quia non apparet, quantum fuerit legatum*. Ulp. in *L. ſi ſic legatum* 75. §. 1. *de leg.* 1. Si legato non nocet falſa demonſtratio, *longe magis falſa cauſſa* non nocet: ut ſi ita legetur, *Titio fundum do, quia negotia mea curavit*: atque haec eſt tertia regula a Gajo propoſita in *d. L.* 17. §. 2., & a Triboniano in §. 31. *h. t.* Cur autem uterque ait, *magis*? Quia, ut acute Papinianus in *L. quum tale* 72. §. 6. *de cond. & dem.*, *ratio*, h. e. cauſſa *legandi legato non cohaeret*. Igitur Gaji, ac Triboniani ſententia haec eſt. Si falſum nomen, & falſa demonſtratio non nocent, quamvis cohaereant legato, i. e. quamvis rei, quae legatur, deſignandae gratia adhibeantur, longe magis non nocet falſa cauſſa, quae prorſus ſeparata eſt a legato. *Cauſſa*, ſeu *ratio* ad tempus praeteritum ſpe-

ctat;

ſtat: eaque eſt, quam Dialectici dicunt *impulſivam*. Haec non vitiat legatum, quia teſtator *voluit donare*, ut in ſimili ſpecie ajebat Paulus in *L. in ſumma 65. §. 2. de condict. indeb.* Secus eſt de cauſſa (cc) *conditionaliter* concepta, veluti hoc modo, *ſi Titius negotia curavit, lego*, *d. L.* 17. §. 3. *de cond.*, & *d.* §. 31. *h. t.*; nam non alias videtur teſtator voluiſſe donare, quam ſi ille vere curavit: quae eſt item ratio, cur licet cauſſa non ſit conditionaliter concepta, ſi tamen ab herede probetur, teſtatorem alias non fuiſſe legaturum, doli exceptio habeat locum, *d. L.* 72. §. 6. Cauſſa ad futurum ſpectans in Libris juris dicitur *modus*. V. *tit. Cod. De his, quae ſub modo leguntur*.

§. XXXIV. XXXX., & XXXXI. Ad modum legandi non male poſſunt referri ſententiae tres antiqui juris ab Juſtiniano abrogatae. Olim ante heredis inſtitutionam nihil poterat legari, ne libertas quidem apud Romanos gratioſiſſima. Ulp. *Fragm. XXIX*, 15, Paul. *Sent. III*, 6. 2., Trib. §. 34. *h. t.* Quod *poteſtas*, i. e. vis ac robur *teſtamenti ab heredis inſtitutione incipit*, uti loquitur Ulp., ſcripta ante inſtitutionem heredis eſſe videbantur extra teſtamentum. Erat autem ſatis vel unum heredem fuiſſe ſcriptum: proinde inter medias heredum inſtitutiones recte legabatur. Paul. ibid: Verum nova Imp. Juſtiniani Conſtitutione, quae interdicit (*dd*), non ſolum inter medias inſtitutiones, ſed non dum ullo herede ſcripto, recte legatur, quum ſit *incivile*, h. e. non aequum, ſcripturae ordinem voluntati praeſtare, *d.* §. 34. Eſt autem, cur mireris, quam parum conſtaret ſibi vetus juriſprudentia, quae adhiberi fidejuſſorem permittebat etiam futurae obligationi, cujus fidejuſſio eſt acceſſio, & conſectarium, L. *ſtipulatus 6.* §. 2. *de fidejuſ.*: & ante heredis inſtitutionem dari tutorem, filiumve exheredem ſcribi, §. 3. *qui teſt. tut. Lib. I.*, & L. 1. *de her. inſt.* Quid quod a Papiniano ſcriptum eſt in *L. quum pater* 77. §. 12. *de leg. 2.*, *ordinem ſcripturae non impedire cauſſam voluntatis?* Porro olim legari non poterat poſt mortem heredis, legatariive, aut pridie quam alteruter moreretur: quod eodem redibat; nam conſtare de pridiano die non poteſt, niſi poſt mortem, §. 35. *h. t.* Iſtius juris rationem tradunt Ulpianus *Fragm. XXIV*, 16., & Paulus *Sent. III*, 6. 5. his verbis, *ne ab heredis* (legatariive) *herede legari videretur*, h. e. ne contra heredem heredis actio inciperet; *incipere* autem *actiones ab heredibus, vel contra heredes, antiquitas non concedebat*: qua regula *ſtipulationes, & legata, & alios contractus poſt mortem compoſitos reſpuebat*, teſte Juſtiniano in L. *un. C. ut actiones ab hered.* Quod vero in fideicommiſſis non ſubtilitas juris, ſed aequum & bonum ſervabatur, ea ab heredis vel legatarii herede relicta valebant, *L. ſi fuerit* 5. §. 1. *de leg. 3.* Tandem Juſtinianus valere juſſit etiam legata. Num in *d. L. un.*? Sic putant nonnulli meo judicio male. Juſtinianus in *d. L. un.* regulam ſuſtulit juris antiqui, *actiones ab heredibus &c.*, & jam antea *recepiſſe* ſe ait *legata* poſt mortem relicta: quin, quod valere juſſerat iſtiuſmodi legata, *conſentaneum*

(cc) Tò conditionaliter, *quod quidam quaſi non latinum reprehendunt, Gaji auctoritas tuetur plus ſatis. V. Duker De Latin. Juriſc. p.* 446.

(dd) *Conſtitutionem iſtam nunc non exſtare in Codice, oſtendi Diſſ. IX.*

Digitized by Google

duxit regulam abolere. Videtur pleriſque Conſtitutio haec periiſſe. Sed quoniam inquit Trib. *d.* §. 34., Juſtinianum iſtiuſmodi legata admiſiſſe *ad ſimilitudinem fideicommiſſorum, ne vel hoc caſu deterior eſſet legatorum, quam fideicommiſſorum cauſſa*, ſacio ego conjecturam, id illud praeſtitiſſe in L. 2. C. *comm. de leg.*, qua legatis acceſſit, quod amplius erat in fideicommiſſis. Denique olim poenae nomine inutiliter legabatur, & adimebatur, vel transferebatur legatum, quamvis teſtamento militis, aut Imperatori, aut libertas legaretur, §. 36. *h. t.* Nec alia erat olim ratio fideicommiſſi. Ulp. *Fragm. XXV*, 13. Et vero quid eſt magis abnorme, quam quod amore legatarii, fideicommiſſariive faciendum eſt, id facere odio alterius? Antoninum Pium *primum conſtituiſſe*, auctor eſt Capitolinus *c. VIII, ne poenae cauſſa relictum legatum maneret*. At enim ſcribit Trib., exiſtimaſſe Sabinum (fuit hic Tiberio coaevus) nec heredem poenae nomine adjici poſſe, ut in hac formula, *Titius heres eſto: ſi Titius filiam ſuam in matrimonium Sejo collocaverit, Sejus quoque heres eſto*; quod nihil intereſſet, qua ratione Titius coerceretur, utrum legati datione, an coheredis adjectione. Ita vero; ſed duo iſta contraria non ſunt. Vetus erat opinio, & fortaſſe multo antiquior Sabino, poenae cauſſa inutiliter legari: ea primum ſub Antonino Pio abiit in Legem: quod non eſt in jure novum. Sed valet hodie legatum poenae nomine datum, vel ademptum, translatumve, niſi quid *Legibus interdictum*, vel *alias probroſum*, vel impoſſibile teſtator praeceperit, *d.* §. 36., & *L. un. C. de his, quae poen. nom.*: quibus locis ab eo, quod Legibus eſt interdictum, recte ſeparatur *probroſum*. Satis multa eſſe, quae ut Legibus non interdicta, apud honeſtos viros in probro ſunt, jam monui in §. 3. *de juſt. & jur. Lib. I.* Si quis legaverit ab herede, niſi hic habitu muliebri interdiu inceſſerit, id certe erit probroſum praeceptum. Quid eſt autem *poenae nomine legare? Quod coercendi heredis cauſſa relinquitur* (verba ſunt Trib. 9. §. 36.) *quo magis aliquid faciat, aut non faciat: veluti ſi quis ita ſcripſerit*, HERES MEUS SI FILIAM SUAM IN MATRIMONIUM TITIO COLLOCAVERIT, *vel* NON COLLOCAVERIT, DATO X. AUREOS SEJO. Sed Tribonianum lautiſſe, quid olim eſſet poenae nomine legare, opinio eſt Bynkershoekii *Opuſc. De legat. poen. nom.* Et vero quid eſt aliud legare, ſi heres fecerit, vel non fecerit, quam legare ſub conditione poſita in arbitrio heredis? Et hoc jure veteri licebat. Accedit, quod in L. *quotiens* 9. §. 10. & 11. *de her. inſt.*, in L. *quum ita* 63. *pr.*, & L. *hoc modo* 64. *de cond. & dem.* probantur conditiones iis ſimillimae, quas proponit Trib. Ait autem Bynk., ponae nomine legare veteribus fuiſſe aliquid in alicujus poenam *illicite vel probroſe dare* uti loquitur Africanus in L. 1. *de his, quae poen. cauſ. relinq.*: proinde Juſtinianum propoſuiſſe tanquam exceptionem, quod regula erat juris antiqui, ac re vera nihil novi conſtituiſſe. Verum pro Triboniano facit locus Ulpiani *Fragm. XXIV*, 17. ubi juris antiqui regula iiſdem exemplis illuſtratur: quem obicem non amovet Bink. Tò *illicite vel probroſe* non Africani eſt, ſed Triboniani. Poenam a conditione voluntas teſtatoris ſeparat, *L.* 2. *eod.*: quo ſpectat illud Ulpiani ibid., *Poenae cauſſa legatur, ut heres faciat, aut non faciat,*

[illegible] *non*

Digitized by Google

non ut legatum pertineat: Id pro rerum, perſonarumque adjunctis eſt aeſtimandum. V. Donnell. in *d. L. un.*

§. XVI. uſque XX. Reſtat, ut de interitu, aut mutatione rei legatae dicamus. *Res* hoc loco eſt *certum corpus*, L. *non amplius* 26. §. 1. *de leg.* 1., nam quantitas ſeu genus nunquam perit, *L. in ratione* 30. §. 5. *ad* L. 11. *C. ſi cert. pet.* Regula juris eſt, ſi res legata *fataliter*, uti Paulus loquitur *Sent. III*, 6. 9., i. e. *ſine facto heredis* pereat, veluti, ſi alienus homo, quem is dare damnatus eſt, ſine ejus facto manumittatur (ee), legatario perire: ſi facto heredis, perire heredi, §. 16. *h. t.*, & *L. ſi heres* 35. *de leg.* 1. Factum heredis eſt dolus, mora, aut culpa etiam leviſſima, *L. quum res* 47. §. 5. & 6. *eod.* quandoque latius patet, quam culpa. Caret quidem omni culpa heres, qui ſervum ſuum a ſe legatum ignorans manumittit: & eum tamen *teneri in aeſtimationem*, *Julianus ſcripſit* (ff) *d.* §. 16. In iis Pauli in *L. heres* 28. *qui & a quibus man.*, *Heres ſervum proprium, quem teſtator legaverat, manumittendo nihil agit*, duo noviſſima verba non ad manumiſſionem pertinent, ut in L. Aelia Sentia, ſecundum ea quae dicta ſunt *pr. tit. VI. Lib. I.*, quaſi ſervus non fiat liber, ſed ad obligationem heredis, quaſi ſcripſerit Paulus, heredem non liberari: quod monſtrat ſubjecta ratio, *quia ſcientiae vel ignorantiae ejus nullam placuit admitti rationem.* Contra non ſemper poſt moram factam praeſtare aeſtimationem heres debet; nam ſi res legata aeque apud legatarium erat peritura, verius eſt, moram paſſo nihil praeſtari oportere. Ulp. in L. *item* 15. §. 3. *de rei vind.* Quod vero idem Ulp. generaliter ſcribit in *d.* L. 47. §. 6., poſt moram deberi aeſtimationem, ***POTUIT** enim legatarius vendere*; ex eo illud conficio, nunquam praeſumi rem perituram apud legatarium, ſatiſque eſſe, ut aeſtimatio debeatur, *potuiſſe* legatarium vendere, aliove quovis modo fieri locupletiorem: nec alias liberari heredem, quam ſi apertiſſima prodat periturae apud legatarium rei argumenta. Mutatur res legata, ſi quid illi vivo, vel mortuo teſtatore decedat, aut accedat: qua ſuper re tres ſunt juris regulae, quarum prima haec eſt. Si quid vivo teſtatore decedat, quod reliquum eſt, debetur, niſi hoc acceſſio ſit ejus, quod intercidit. Jure Romano ſemper acceſſio ſequitur rem principalem: proinde hac extincta, perimi & illam neceſſe eſt, L. 2. *de pec. leg.* Ita ſi quis ancillas cum natis, aut ordinarios ſervos cum vicariis legaverit, mortuis, alienatis, manumiſſisve ancillis, ſervisve ordinariis, nati & vicarii debentur, §. 17. *h. t.*, *L. ſi ancilla* 62. *de leg.* 1., *L. ſed & ſi* 4. *de pec. leg.*, quia *duo legata ſunt ſeparata*, L. *at ſi* 3. *eod.*, i. e. quia nec matris acceſſio eſt partus, quod falſo putabat Servius a Celſo notatus in L. *ſi ancillas* 63. *de leg.* 1., nec ordinarii ſervi vicarius, licet hic in illius peculio ſit, *L. ſi ſervus* 17. *de pecul.* Contra ſi ſervus cum peculio, aut fundus ſive

 inſtru-

(ee) *Manumiſſionem iſtam* morti ſimilem *dicit Pompon. in L. ſi mihi* 92. *de ſolut.*

(ff) *Locus Juliani, quem Trib. laudat, eſt in* L. *quidam* 25. §. 2. *ad Trebel.*, *ubi prope eadem ſpecies proponitur. Certe vero Trib. in d.* §. 16. *verba Marciani deſcripſit ex L. ſi quis* 112. §. 1. *de leg.* 1.

inſtructus, ſive cum inſtrumento fuerit legatus, extincto ſervi fundive legato, etiam peculii, inſtrumentive legatum extinguitur (gg), *d.* §. 17., *L.* 1. *de pec. leg.* & *L.* 1. §. 1. *de inſtruct. vel iſtrum. leg.*, quia peculium ſervi, & inſtrumentum acceſſio eſt fundi, *L.* 2. *de pec. leg.* Moneo hic, quod ex ſententia Sabini monet Ulp. in *L. queſitum* 12. §. 27. *eod.*, *plus eſſe, quum inſtructus fundus legetur, quam ſi cum inſtrumento.* Sunt *in inſtrumento fundi, quae fructus quaerendi, cogendi, conſervandi gratia parata ſunt*: veluti *homines* (i. e. ſervi, qui agrum colunt) *boves, torcularia. dolia* &c. *L. in inſtrumento* 8. *eod.* Inſtructo continentur, *quae in fundo collocata ſunt, ut inſtructior eſſet paterfamilias, i. e.* (hh) *non agri inſtrumentum, ſed proprium patrisfamilias*: veluti *ſuppellex, veſtis, menſae*, vel ſi quid aliud *illic fuit uſus ipſius gratia*, *d. L.* IV. §. 27 & 28. Propoſitae regulae non obſtat, quod poſt Pomponium in L. *ſi grege* 22. *de leg.* 1. inquit Trib. §. 18. *h. t.* grege legato, ſi vivo teſtatore ita deminutum ſit pecus, ut una ovis ſuperſit, hanc poſſe vindicari, quamvis deſierit eſſe grex, quem oves decem faciunt, *L. ult. de ambig.* Non, inquam, obſtat; nam quod ex grege ſupereſt, pars gregis eſt, non acceſſio: pars autem ſemper debetur. Sic inſula legata ſi combuſta ſit, area vindicatur, *d. L.* 22. Secunda regula eſt. *Si* quid mortuo teſtatore decedat, quod reſtat, legato cedit, quamvis id acceſſio ſit, *L. tunc* 12. *de pec. leg.*; namque ſtatim a morte teſtatoris civile rei legatae dominium tranſit ad legatarium, *L. a Titio* 64. *de furt.*: fruſtra autem quaeritur de peremtione legati, ubi hoc jam coepit eſſe penes legatarium Tertia regula eſt. Si quid legato accedat vivo teſtatore (veluti ſi gregi legato oves, aedibuſve legatis columnae & marmora adjiciantur, aut ſi (*ii*) areae legatae domus imponatur) id cedit legato, *d.* §. 18. & §. 19. *h. t.*, *L. grege* 21., & *L. ſervum* 44. §. 4. *de leg.* 1. Et vero teſtator legando ſpectaſſe ad id tempus videtur, quo cedit dies legati. De re legata, quae in aliam ſpeciem abiit, v. *L. quaeſitum* 78. §. 4., & *L. lana* 88. *pr.* §. 1. & *ult. de leg.* 4. Reliquum eſt in §. 10. *h. t.* exemplum peculii legati. Peculium *ſimile eſſe homini*, ajebat Papirius Fronto, *naſcitur* enim, *creſcit*, *decreſcit*, *moritur*, *L. peculium* 40. *de pecul.* Legato peculio refert, num quid ei acceſſerit, deceſſeritve vivo, an mortuo teſtatore: ſi vivo, id legatarii lucro, aut damno eſt; namque, dum vivit teſtator, legati dies non cedit: ſi mortuo, refert, num ipſi ſervo, an alii non ſervo legatum ſit: ſi ſervo, *id tempus in legato ſpectandum*, inquit Julianus apud Ulp. in *L. denique* 8. §. *ult. de pec. leg.*, *quo dies legati cedit*: legati autem ſervo relicti dies non cedit ante aditam hereditatem, quum libertas non prius competat,

L. he-

(gg) *Jus idem eſſe docet Trib. legato fundo inſtructo, ac legato fundo cum inſtrumento. Obloqui videtur Paulus in L. ſi cui* 5. *de inſtruct. leg. V. noſtr. jur. Obſ. III*, 26.

(hh) Non *pro non modo*: ſed *pro ſed etiam*. *Alia exempla congeſſit Briſſon. De V. S.*

(ii) *De domo areae impoſita ſecus ſenſit Celſus in L. ſi chorus* 79. §. 2. *de leg.* 3. *V. noſtr. jur. Obſ. III*, 27.

L. heredis 7. §. 6., & L. 8. *quando dies leg.*: unde conſequitur, omne, quod ante aditam hereditatem adquiſitum eſt, legatario cedere, *d.* §. 20.: ſi alii, mortis tempus ſpectandum eſt, *d.* L. 8. §. *ult.*: ſed quod pertinet ad incrementa ejus temporis, quo hereditas jacet; rurſus refert, num peculium ex ipſis rebus peculiaribus, an aliunde ſit auctum: ſi ex rebus peculiaribus, veluti, ex partu ancillarum, vel foetu pecorum; quod acceſſit, legatario debetur: ſi aliunde, veluti ex operis ſervi hereditarii, vel ex alia re, id non ei debetur, ſed heredi, *d.* §. 20., ac *d.* L. 8. §. *ult.*, in quem locum commentatus ſum aliquid *Obſ.* De peculio tria ſubdit Tribonianus Impp. Severi, & Antonini reſcripta. Primum eſt, *peculium, niſi legatum fuerit, manumiſſo non deberi*: *ſi* autem dominus *vivus manumiſerit ſufficere, ſi non adimatur*. Iſtius reſcripti meminit Ulp. *d.* L. 8. §. 7. in haec verba, *Peculium nonniſi legatum deberi*. Nihil eſt hic ut vides, de ſervo inter vivos manumiſſo. Sed aut Ulpianus Principale reſcriptum non integrum deſcripſit, aut Tribonianus quod habet de ſervo manumiſſo inter vivos ex ſententia Imperatorum collegit argumento ducto ex iis, *nonniſi legatum*. Diſcriminis ratio eſt haec. Qui ſervum peculiatum vivus manumittit, ei quam optime conſulere velle intelligitur: qui teſtamento, heredi melius, quam ſervo. Idem eſt, ſi quis peculiatum ſervum alii leget, *L. ſi legatus* 24. *eod.* Nec me movet contrarius, ſed certe mendoſus Pauli locus *Sent. III*, 6. 34. Secundum reſcriptum eſt, *peculium videri legatum*, *quam* (ſervus) *rationibus redditis liber eſſe juſſus eſt*, *& ex eo* (peculio) *reliqua* (h. e. quae is rationibus ſubductis domino debet) *inferre* heredi; quum enim ſervus ſolvere de peculio jubeatur, nec poſſit de peculio ſolvere, quod non habet, id ei conceſſum videtur, *d.* L. 8. §. 7. Tertium eſt, *quum peculium ſervo legatur, non etiam id concedi, ut petitionem habeat pecuniae, quam ſe in rationem domini impendiſſe dicit*; quamvis peculium augeat, quod dominus debet ſervo, *L. ſi peculium* 6. §. 4. *eod.*: quum enim pro voluntate teſtatoris longe ſit major heredis gratia, quam legatarii, non eſt aequum in re dubia id, quod dominus magis ſubtilitate juris, quam vere debet, damno heredis eſſe.

TITULS XXI.

De ademtione, (a) & translatione legatorum.

POteſt teſtator quod uni legavit, adimere verbis, aut facto: Adimit facto, ſi aut ſcriptum inducat, *L. nihil* 16. *de adim. leg.*, aut rem legatam non urgente neceſſitate alienet arg. *L. fideicommiſſa* 11. §. 12. *de leg.* 3. aut quovis alio facto indicium faciat mutatae voluntatis. V. *L. ſi ita* 65. §. *ult. de leg.* 1., & *L. lana* 88. *pr.* & §. 1. *de leg.* 3. Adimit verbis ſive contrariis, ut in hac formula, *Quod legavi, non lego*, *pr. h. t.*:

(a) *Theophili auctoritas*, *Pandectarum Caput* De adimendis vel transferendis legatis, *quaeque Trib. habet* §. 1. *h. t. ſatis probant*, *male omiſſum in vulgatis* τὸ & translatione.

Digitized by Google

t,: ſive non contrariis, veluti ſi libertum, cui in priore parte teſtamenti legaverat, in poſtrema ſcriptura *peſſimum*, vel *ingratum* appellet, *L. Divi* 13., & *L. libertus* 29. *de adm. leg.*, aut ſi transferat legatum: quod fieri quatuor modis, docet Paulus in *L. translatio* 6. *eod.* Modum unum proponit §. 1. Trib., quo legatum transferri Paulus ait *a perſona in perſonam*. Formula haec eſt: *Hominem Stichum, quem Titio legavi, Sejo do lego*: quae res, inquit Gajus in *L. ſicut* 5. *eod. tit.*, *in perſonam Titii tacitam ademtionem continet*. Sed quaeſtio interdum incidit, num adimere legatum voluerit teſtator, an conjunctim legare: qua de re v. Duaren. in *L. ſi pluribus* 33. *de leg.* 1., Bachov., & Vin. in *d.* §. 1., & meas *jur. Obſ. V*, 1. Jam vero transferri legatum poteſt ſive teſtamento, ſive codicillis, *d.* §. 1. In eodem teſtamento, vel teſtamento & codicillis confirmatis noviſſima ſcriptura ſpectanda eſt, *L. ſi quis* 16. *de vulg.*

TITULUS XXII.

De Lege Falcidia.

PR. Tit. Lege XII. Tab., de qua in meis *Obſ. jur.* III, 3., liberum teſtatori erat *vel totum patrimonium legatis erogare*. Quod autem ita ab herede ſcripto, qui nihil, aut minimum ſperabat ſibi, plerumque deſtituebatur teſtamentum, quod ſuſtineri publice expedit, *L. vel nagare* 5. *teſt. quemadm. aper.*; viſum eſt *teſtatoris ipſius gratia*, puta, ne moreretur inteſtatus, & vero etiam publico bono tantam licentiam coercere. Id primum praeſtitit Lex Furia, non Furia Caninia ſub Auguſto lata, quae eſt opinio Pancirolí *Var.* II, 279., ſed prorſus alia multo antiquior Auguſto; ſcriptum eſt enim apud Tull. *pro Calb..e.* VIII, *Tulit apud majores noſtros Legem. C. Furius* (Trib. pl.) *de teſtamentis*. Eo Plebiſcito cautum, ne quis legati nomine plus quam mille aſſium caperet, utique, ſi plus cepiſſet, quadruplo lueret. Ulp. *Fragm.* I, 2. (a) At recte poterat pluribus legari intra modum Legis, ſicque haec eludi. Succeſſit L. Voconia a Q. Voconio Saxa Trib. pl. lata ann. U. DLXXXIV. Q. Martio Philippo II, & Cn. Servilio Caepione Coſſ. Cic. *De Seneƈt. c. V.* Ea cautum, ne quis cenſus (De hoc. V. Perizon. *Diſſ. de L. Voconia*) plus cuiquam legaret, quam ad heredem, heredeſve perveniret. Cic. *in Verr.* I, 43. Verum teſtatori non cenſo integrum erat ſolidum patrimonium legatariis dare: cenſo autem vix ſextulam heredi reliquam facere: quo utroque caſu deſtituebatur itidem teſtamentum. Tandem teſta-

(a) Plus quam mille aſſium, *inquit Ulp.*, χίλια νομίσματα mille nummos, *ait Theoph.: quae duo eodem redeunt. Eos, qui numos iſtos pro aureis accipiunt, quis poteſt pati? In Lege ſcriptum* mille aeris, *aeſque Latinis de aſſe dictum, teſtimonio Varronis ex Lib. VIII. de* L. L. *docet Cujacius Obſ.* XIX, 31. *Alterum Varronianum fragmentum ex* Lib. III. *De vit. P. Rom.*, Plebiſque ſcito cautum, ne quis legaret ſupra aſſes mille, *merito ſuſpectum habet Fabr. in Theoph.*

ſtamentis quam optime proſpectum Lege Falcidia ſub Auguſto lata a (b) P. Falcidio Tr. pl. an. DCCXIV. Cn. Domitio M. F. Calvino, & C. Aſinio Pollione Coſſ., cujus duo tantum Capita ſuperſunt in L. 1. *ad L. Falc.* Alterius, quod huc pertinet, verba haec ſunt, *Quicumque civis Romanus poſt hanc Legem rogatam teſtamentum faciet, is quantam cuique civi Romano pecuniam jure publico dare legare volet, jus poteſtaſque eſto: dum ita detur legatum, ne minus, quam partem quartam hereditatis, eo teſtamento heredes capiant* (c). Quod noviſſime ait Trib., L. Falcidia caveri, *ut ſive unus heres inſtitutus ſit, ſive plures, apud eum eoſve pars quarta remaneat*, eo temperamento accipiendum eſt, ſi legata ſimpliciter ab omnibus relicta ſint.

§. I. Quid ſi pluribus ſcriptis ex certis partibus, nominatim ab uno, alterove legatum ſit? Hoc caſu *quaeſitum*, ait Trib., num in ſingulis ratio L. Falcidiae ponenda eſſet. Et *placuiſſe* ſubdit, in ſingulis eſſe ponendam, h. e. ſingulis quartam non totius hereditatis, ſed ſuae partis ſalvam eſſe oportere, quaſi plures partes ejuſdem hereditatis plures hereditates ſint. Ergo diſcrepavit olim ſuper ea re inter Juriſconſultos. At vero Gajus in L. *in ſingulis* 77. *ad L. Falcid.* ſcribit, *In ſingulis heredibus rationem Legis Falcidiae componendam eſſe, non dubitatur.* In Libris Juriſconſultorum verba *conſtare*, *non dubitari*, & ſimilia quandoque ſunt receptioris ſententiae, non juris certi argumentum. V. noſtr. *jur. Obſ.* II, 17. Ergo ſi teſtator, quum centum in bonis haberet inſtitutis heredibus Titio ex ſemiſſe, Sejo ex ſemiſſe altero, Titii ſemiſſem legatis ab eo nominatim datis exhauſit, aut oneravit ſupra modum, a Sejo vero vel nihil legavit, vel minus XXV., quae totius hereditatis quarta pars eſt; non tenetur Titius ſolida legata praeſtare, ſed poteſt quartam ſuae partis retinere, ſ. e., XII. cum dimidio. Ratio dubitandi fuit haec, quod Falcidius teſtamentis, non heredibus voluerit conſultum: ſit autem ad tuendum teſtamentum ſatis, quartam totius hereditatis uni eſſe ſalvam, ita enim facile fiet, ut ille adeat hereditatem. Sed certe Falcidius etiam heredibus proſpexit eo verbo, *ne minus quam partem quartam heredes capiant*, *d. L.* 1.: proſpexitque omnibus, quo melius proſpiceret teſtamento; nam difficilius eſt a pluribus deſtitui, quam ab uno. Intereſt autem, num omnes extiterint heredes, nec ne. Si omnes extiterint, ſemper in ſingulis Falcidia ſeparatim ponitur: ſi non omnes, refert, num pars exhauſta, vel onerata ſubſtitutionis, adereſcendive jure accedat non oneratae, an haec illi; nam priore caſu non augentur legata: poſteriore augentur. Ita *placuiſſe* ſcribit Gajus in L. *quod ſi alterutro* 78. *h. t.*, ubi verbum *placere* diſputationis eſt nota. Et vero non idem Proculo, atque Caſſio viſum de hac re, L. 1. §. 14. *eod.*, in quem v. Cujac. *Obſ.* IV, 35., & XV, 14. De ratione diſcriminis v. meas *jur. Obſ.* V, 22.

§. II.

(b) *Non Cajo, ut male Euſebius in Chron.*

(c) *Quae de triente ac ſemiſſe pro numero liberorum noviſſime caverat Juſtinianus in Nov. XVIII., ea tanquam pertinentia ad L. Falcidiam tranſcripto Capiti adſuuntur a Graeculis quibuſdam magno errore. V. Cont. Lect.* I, 3., *A. Pontacum in Euſeb. Chron.*, & *Oiſel. in Gaji Inſt.* II, 6. 2.

Digitized by Google

§. II. & III. Jam quantitas patrimonii, ad quam ratio L. Falcidiae redigitur, mortis tempore ſpectatur, quo tempore dici incipit *hereditas*, hujuſque quadrans heredi deberi, & regulariter dies cedit legatorum. Ergo ſi quid ante aditam hereditatem de hereditate deceſſit, id damno eſſe debet heredi, cui tamen liberum eſt deſtituere teſtamentum cum jactura legatariorum, quibus id unum eſt reliquum, ut cum eo paſciſcantur in portionem: contra ſi quid acceſſit hereditati, id heredi eſt lucro, §. 2. *h. t.*, & L. *in quantitate* 73. *D. eod.* Interdum quod accedit, deceditve, legatariis lucro, aut damno eſt: & lucro quidem, ſi quid poſt mortem accedit, cujus cauſſa jam ſuberat tempore mortis ex facto aliquo teſtatoris; namque id illi acceſſiſſe tempore mortis videntur, *L. ſervi* 43., & *L. cum quo* 56. §. 1. *h. t.*: quae ratio eſt, cur Gajus, & Tribonianus exempla ponant acceſſionis ad hereditatem factae ex operis ſervorum hereditariorum, ex partu ancillarum, pecorumve foetu: damno autem, ſi non genus legetur, quod nunquam perit, *L.* 11. C. *ſi cert. pet.*, ſed certa ſpecies, quae tum periit, aut deterior facta eſt ſine facto heredis, *L. in ratione* 30. §. 4. *eod.* Jam facienda eſt aeſtimatio corporum hereditariorum *ſecundum rei veritatem*, *h. e. ſecundum praeſens pretium*: neque hoc *ex affectu*, vel *utilitate ſingulorum*, *ſed communiter fungi* debet, *L. in lege* 62. §. 1. (d), & *L.* 63. *pr. D. eod.* Jam quoniam *bona intelliguntur cujuſque, quae deducto aere alieno ſuperſunt*, *L. ſubſignatum* 39. §. 1. *de V. S.*, eſt id in ratione Legis Falcidiae deducendum, *L. pater* 54., & §. 3. *h. t.* Aes alienum eſt non id ſolum, cujus exſolvendi *neceſſitate obſtrictus* erat defunctus, *d. L.* 54., ſed & quod in funus, aut inventarii confectionem, aliaſque neceſſarias hereditatis cauſſas impenditur, *d.* §. 3., L. 1. §. *ult. eod.*, & *L.* 22. §. 9. *C. de jur. delib.* Porro aeris alieni loco deducitur quidquid deceſſit de hereditate ex cauſſa ante hanc aditam enata: quale eſſe inquit Paulus in *L. aeris* 39. *h. t.* pretium ſervi, cui libertas eſt data ſive judicio teſtatoris, ſive imperio Praetoris *propter indicium proditae mortis*, *vel detectae conjurationis*: quique ultimo *ſupplicio eſt affectus* ex S. C. Silaniano. His, aliiſque ſimilibus de hereditate deductis, *in reliquo* Falcidiae ratio ponenda. *Reliquum iſtud appellat* Theophilus *καθαρὰν οὐσίαν*, *puram ſubſtantiam*: quod verbum a Briſſonio omiſſum habes in *L.* 11. *C. de repud.* A legatis producta eſt Falcidia ad fideicommiſſa, *L. verbis* 5., & *L. ſi tacitum* 13. *D. h. t.*: tum ad mortis cauſſa donationes, itemque ad donationes inter virum & uxorem, *quando hae fideicommiſſi partibus funguntur*, h. e. quando morte confirmantur, *L.* 5. & 12. *C. h. t.* Multis caſibus ex Pandectis & Codice petendis Falcidia ceſſat. Noviſſime teſtatori ab Juſtiniano datum quartae retentionem prohibere *Nov.* 1. *cap.* 2. §. 2.

TI-

(d) *In d. L.* 62. §. 1. vero, *ac* praeſenti *opponitur pretium* formale. *Hoc quid proprie ſit, non eſt explicatu facile. V. meas jur. Obſ. V.*, 25.

Digitized by Google

TITULUS XXIII.

De fideicommiſſariis hereditatibus.

PR. Tit. & §. I. Fideicommiſſum duplex, alterum univerſale, quum hereditas, hujuſve pars relinquitur: alterum ſingulare, quum res ſingulae relinquuntur. Trib. in Inſtitutionibus univerſale ſingulari praevertendum duxit ſecus, quam fecerat in Pandectis. Fideicommiſſum dicitur, quod mandatum eſt fidei heredis. Lex XII. Tab. teſtatori fecerat *legandi* poteſtatem. *Legare* eſt quod Graecis νομοθετεῖ *Nov. XXII. c.* 2., i. e. in modum imperantis ſtatuere, quod *Lex* facit. Si quid teſtator heredem facere rogabat (rogabat autem fideicommiſſo) erat id, ut verbo utar Senecae *De ira II*, 17., *extra publicas tabulas*, h. e., ut loquitur §. 1. Trib., *nullo juris vinculo continebatur*: proinde quamvis heredem fides ac pudor moneret, nulla Lex tamen cogebat invitum. Hinc interdum precibus addita *jurisjurandi religio*. L. *quum pater* 77. §. 23. *de leg.* 2. i. e. obſecratio per Deum, *L. non intelligitur* 3. *pr. de jur. fiſc.*, aut obteſtatio *per ſalutem Principis*, *d.* §. 1. (*a*) Quod heres facere non tenebatur, quae fuerat rogatus, faciendo beneficium dabat, quo refer illud in veteri marmore apud Reineſ. *Inſcr. Claſ. II*, 73., L. *Ceſtius qua ex parte ad eum hereditas M. AGRIPPAE MUNERE pervenit* &c. Ulpianus *Fragm. XXV*, 1. verbis *deprecativis* opponit *civilia*. Haec ſunt verba jure Civili praeſcripta ad modum Legis, proinde *imperativa* Conſtantino dicta in L. 15. *C. de teſtam.*, veluti, *heres eſto*, *vindica*, *praecipito*, *ſumito*, *damnas eſto* &c.: illa ſunt, *rogo*, *peto*, *mando*, *volo*, *cupio* &c. Verbum *jubeo* plerumque imperii nota, quandoque verbum eſt fideicommiſſi ſonans μεταλλακτικῶς idem, quod *volo*, *L. Aurelius* 28. §. 13. *D. de lib. leg.* Donat. in *Andr. III*, 3., Voſſ. *Rhet. IV*, 10., & Cujac. *Obſ. II*, 25. In *d.* L. 15. adverſa facit Conſtantinus eodem ſenſu *directa* verba, & *in flexa*. Teſtatores per fideicommiſſa faciebant oblique, quod *directo*, ſive, ut inquit Trib. §. 2. *h. t.*, *recto jure* non poterant. Peregrinis jus non erat capiendi: civium autem alii non ex omnium teſtamentis capere poterant, alii non ſolidum, alii prorſus nihil (*b*). Quod iſtis directo relinqui Leges vetabant, coepit oblique relinqui, re fidei eorum commiſſa, qui poterant capere, *d.* §. 1. Porro interdum peregre morientibus copia non erat civium Romanorum, quibus teſtibus facerent teſtamentum: hinc coepere codicillis, ſeu epiſtolis futuros ſibi heredes rogare, ut aliquid facerent, *pr. tit. Inſt. de codicill.* Primum ex perſona L. Lentuli, qui Auguſti fidem elegerat, *coepiſſe fideicommiſſa*, inquit Trib. *pr. d. tit. de codic.*: quod eſt conjungendum cum iis, quae is idem ſcribit §. 1. *h. t.*, *D. Auguſtus primus SEMEL ITERUMQUE gratia PERSONARUM motus*, i. e. primum L. Lentuli, tum alterius, ſive fideicommittentis, ſive fideicommiſſarii, *vel ob inſignem quorumdam perfidiam juſſit Conſulibus auctori-*

(a) *V. meas jur. Obſ.* I, 1.

(b) *V. dicta h. Lib. tit.* 14. *p.* 317. & 318.

Digitized by Google

tatem ſuam interponere (h. e. heredes cogere, ut reſtituerent) *quod quia juſtum videbatur , & populare erat , paulatim* ſub Claudio) *converſum eſt in aſſiduam juriſdictionem* (i. e. in juriſdictionem , non *quotannis* a Principe *demandari ſolitam* , uti ante tempora Claudii factum , narrat Suetonius in *Claud. c. XXIII.* , ſed *in perpetuum* , & ex officio competentem: quam eandem juriſdictionem *etiam per provincias Poteſtatibus* , h. e. Praeſidibus ab eodem Claudio datam , Suetonius ſubdit) *tantuſque eorum favor factus eſt , ut paulatim* (ſub eodem Claudio) *etiam Praetor proprius crearetur , qui de fideicommiſſis jus diceret , quem* FIDEICOMMISSARIUM (c) *appellabant*. Cave ne id perinde accipias, quaſi creato Praetore iſto deſierit a Conſulibus jus in Urbe dici de ea re. *Praetores duos* a Claudio *adjectos* , ſcribit Pomp. in L. 2. §. 32. *de O. J.* Etiam Ulp. *Fragm. XXV* , 12. cum Conſulibus conjungit *Praetorem*. *Summae Praetoria cognitione majoris* , perſequendaeque *apud Conſules* meminit Quintil. *Inſt. Orat.* III, 6. unde quantitate ſola alteram ab altera juriſdictione rectiſſime ſeparant Cujacius *Obſ.* XXI , 34. , & Merillius *Obſ. V* , 36. In L. 26. *de probat.* Imp. Commodus de fideicommiſſo *magnae quantitatis* cognovit , certe ex appellatione. Procedente tempore coepit licere per fideicommiſſum relinqui tantum iis , quibus directo poterat , ſive pure , ſive , quod eſt hodie frequentiſſimum , ſub aliqua conditione ; non item iis , qui capere prohibebantur. Quo proprie tempore novum jus iſtud fuerit procuſum , non conſtat , eſt tamen certe antiquius Ulpiano , Calliſtrato, Marciano. Ulpianus *Fragm. XXV*, 6. ſcribit , iis tantum dari poſſe fideicommiſſum , quibus poteſt legari . Calliſtratus in L. 1. *pr.* & L. 3. *pr.* §. 1. & 4. *de jur. fiſc.* non factam ait Legi fraudem , ſi quis palam rogatus ſit reſtituere ei , qui jus capiendi non habet : factam vero , ſi ſit tacite rogatus : atque hoc caſu bona in fiſcum redigi. Marcianus in *L.* 3. *D. de his , quae pro non ſcript.* inquit , *relictum* non capienti , qualis eſt in metallum damnatus , *pro non ſcripto eſſe , nec pertinere ad fiſcum* . Quod Marcianus relictum non capienti pertinere ad fiſcum negat , contra quam de tacite relicto Calliſtratus docet , ſequitur , Marcianum de eo loqui , quod directo, aut per fideicommiſſum , ſed palam relictum eſt non capienti , quod eſſe dicitur pro non ſcripto. Jus iſtud quanto fuerit antiquius aetate Ulpiani , Calliſtrati , Marciani probat S. C. Plancianum ſub Tito Veſpaſiano factum (d) de quarta non retinenda ab eo , qui non capienti reſtituit hereditatem , L. *beneficio* 59. §. 1. *ad* L. *Falc.* Jam rogatur *palam* , qui ro-

(c) *Praetoris* fideicommiſſarii *mentio eſt in L. quaeſitum* 78. §. 6. *de leg.* 3. , & *L. Licinnius* 4. *quib. ad lib. procl. Apud Gruter. Inſcr.* CCCXCIII, 6. *eſt PR. DE FIDEICOMMIS* . *Quod nemo alius praeter Pomponium Praetores* duos *meminerit , id Pomponio non abrogat fidem. Qui Praetorem unum meminere , ii ſcripſerunt poſt tempora Titi , quem* de duobus detraxiſſe unum, *auctor eſt idem Pomp. Quod legiſſe ſe in Suetonio Heineccius inquit , Praetores duos a Claudio conſtitutos , id ego neutiquam legi . Apud Suetonium mentio eſt* Magiſtratuum , *quo vocabulo recte poſſunt deſignari Conſules* , *ac Praetor unus*.

(d) *V. Heinec. Hiſt. jur.* I , 4. 191.

rogatur *teſtamento codicilliſve*: *tacite*, qui *domeſtica cautione*, *& chirographo* cavet, ſe non capienti reſtiturum, *d. L. 3. pr.*

§. II, III, X, XI. Teſtamento codicilliſve relinqui per fideicommiſſum hereditas, hujuſve pars poteſt. Teſtamento fideicommiſſum hereditatis relinquitur tantum ab herede ſcripto. Heredem *recto jure*, i. e. directis verbis ſcribi neceſſe eſt, nam nullo herede inſtituto inutile eſt teſtamentum, §. 2. *h. t.* Codicillis recte relinquitur non ab eo ſolum, qui teſtamento ſcriptus eſt heres, *L. conficiuntur 8. pr. de jur. codicil.*, ſed & ab eo, qui ſive *legitimo*, h. e. Civili, ſive *honorario* jure ſucceſſurus eſt ab inteſtato, *quum alioqui legata niſi ex teſtamento non valeant*, §. 10. *h. t.* . quo loco ſubrepſiſſe Triboniano videtur oblivio Juſtinianeae Conſtitutionis in L. 2. *C. comm. de leg.*, quae exaequatis inter ſe legatis ac fideicommiſſis directo valere permiſit legata codicillis ab inteſtato relicta: quae olim Juriſconſulti *benigna interpretatione* tuebantur tamquam fideicommiſſa arg. *L. Saevola 76. ad Trebell.* Fideicommiſſis ab inteſtato relictis non obſtat, quod ſcribit Gordianus in *L. 9. C. de fideic.*, ab eo, qui nihil accepit a defuncto, nihil poſſe per fideicommiſſum relinqui; & ſi enim ab inteſtato ſuccedentibus Lex deferat hereditatem; quod tamen hanc poterat paterfam. adimere teſtamento, non adimendo creditur *ſponte ſua* reliquiſſe, *d. L. 8. §. 1. de jur. codic.*, & *L. 1. §. 6. de leg. 3.* Porro is quoque, cui ex cauſſa fideicommiſſi aliquid reſtituitur, rogari poteſt, ut id rurſum alii aut totum, aut pro parte, vel etiam aliquid aliud reſtituat, §. 11. *h. t.* Quantum ad modum relinquendi fideicommiſſi, hoc maxime differt fideicommiſſa hereditas ab ea, quae directo datur, quod haec dari non poſſit ex die, vel ad diem §. 9. ſupr: *de her. inſt.*, illa poſſit, *d. §. 2. h. t.*, non ſecus ae legatum, fideicommiſſumve rerum ſingularum, L. 1. & paſſim *tit. D. de cond. & dem.*, quia, ut ſubdit §. 3. Trib., *reſtituta hereditate is, qui reſtituit, nihilominus heres permanet* ex veteri juris regula, *Semel heres non deſinit heres eſſe*, *L. ei, qui 88. de her. inſt.*: ut proinde non ſit metuendum, ne quis teſtato, & inteſtato decedat contra *L. 7. de reg. jur.* Particulam §. 3. mox dabo.

§. IV. uſque ad IX. Quod heres reſtituta hereditate non deſineret heres eſſe, evenire facile poterat, ut deſtitueretur teſtamentum; quis enim adiret hereditatem mox pro ſolido, aut pro maxima ſaltem parte reſtituendam, actiones omnes hereditarias ſuſcepturus? Ad ſupremas hominum voluntates tuendas S. C. Trebellianum factum eſt temporibus Neronis VIII. Kal. Septembris Annaeo Seneca (e), & Trebellio Maximo Coſſ., quo cautum, ut reſtituta hereditate omnes actiones, quae *jure Civili* heredi, & in heredem competerent, ei & in eum darentur, cui reſtituta hereditas eſſet, §. 4. *h. t.*, & L. 1. §. 1. & 2. *ad Trebell.* De civilibus tantum actionibus transferendis loquutum Senatum, Paulus inquit in L. *quamvis* 40. *eod.*, ſed ex ſententia Senatus etiam *honorarias* tranſire. Eo

Hh 2 S. C.

(e) *Ulpiani locum in L. 1. §. 1. ad Trebell. oppone Auſonio Conſulatum Senecae neganti in Grat. act. Fortaſſe fraudi fuit Auſonio ſilentium Faſtorum. At quid eſt, cur Senecae nomen non ſit in Faſtis? Num damnata ejus*

Digitized by Google

S. C. ſubventum eſt quum heredi, tum fideicommiſſario: heredi in eo, quod conventus, exceptione uti poſſit reſtitutae hereditatis: fideicommiſſario in eo, quod & is recte agat; &, ſi agat heres, repellatur per exceptionem, *d.* L. 1. §. 4. Uterque agit, uterque convenitur, fiduciarius *directis* actionibus, tamquam verus heres, fideicommiſſarius *utilibus* (*f*), *quaſi heres*, *d.* §. 4. Fideicommiſſarium poterat Senatus facere heredem: ne faceret ſtricta juris ratio effecit, quae fiduciarium deſinere heredem eſſe non patiebatur. Sed non bene fideicommiſſis conſultum S. C. Trebelliano, ſi quis totam, aut pene totam reſtituere hereditatem fuerat rogatus. Quod erat optandum, ut heres propoſito aliquo non modico praemio ad hereditatem adeundam invitaretur, id temporibus Veſpaſiani, Pegaſo, & Puſione Coſſ., praeſtitit S. C. Pegaſianum, heredi permiſſa partis quartae retentione exemplo Legis Falcidiae: unde quam nos vulgo dicimus *quartam Trebellianicam*, Romani Juriſconſulti *quartam*, vel *beneficium Falcidiae* dixere, L. *Lex Falcidia* 47. §. 1. *ad* L. *Falcid.*, & L. *ſi patroni* 55. §. 2. *ad Trebell.* Igitur fuit eo S. C. vis L. Falcidiae producta ad fideicommiſſa hereditatis. Quod quidam putant ita fuiſſe uſu fori Romani receptum vel ante tempora Pegaſiani, id nullo adſtruitur argumento. Quid eſt autem illud, quod poſt enarratum S. C. Pegaſianum Trib. habet §. 5. *h. t.*, *Ex ſingulis quoque rebus, quae per fideicommiſſum relinquuntur eadem retentio permiſſa eſt*? Num quod S. C. ad fideicommiſſa univerſalia, idem ad ſingularia Falcidiam produxit? Ita videtur docuiſſe Tribonianus, adſcriptis modo verbis continuo adnectens haec, *poſt quod S. C.* &c. Sed omnino ſic habendum, multo ante tempora Pegaſiani fuiſſe Prudentum interpretatione exaequata quantum ad L. Falcidiam legatis fideicommiſſa rerum ſingularum; ecquis enim credat, quum anni ferme centum ab ea Lege ad S. C. illud excurrerint, Prudentes tamdiu paſſuros, tam graves majorum curas in ea Lege perferenda tam facile eludi per fideicommiſſa? Eſt quidem, cur Triboniano iraſcaris rem perſuſorie tractanti; ſed recte ejus ſententiam exculpſit Bachovius ex Ulpiani loco, quo videtur ille ſpectaſſe; in *L. Marcellus* 3. §. 2. *eod.* Ait Ulpianus, ſi heres, a quo legata relicta ſunt, hereditatem deductis legatis reſtituere ſit rogatus, detrahere eum poſſe quartam quum ex fideicommiſſo, tum ex legatis. Quod Ulp. de legatis, hoc idem de fideicommiſſis ſingularibus tra-

ejus memoria expunctum? Ita ſuſpicatur Fornerius Rer. quot. II, 18. *At vero abeſt inde etiam Trebellius, non damnatae memoriae homo. Veroſimilius eſt, neutram in Faſtis eſſe, quia uterque fuit Conſul ſuffectus: quae etiam cauſſa eſt, cur Pegaſi, & Puſionis, de quibus mox, nulla in Faſtis mentio fit. At vide, ne de ſe loqui Senecam putes, ubi ait De ira* III, 31., Dedit XII. faſces, ſed non fecit ordinarium. *Hoc ille exemplo, uti & aliis quibuſdam, probat, tantam eſſe importunitatem hominum, ut* quamvis multum acceperint, injuriae loco ſit plus accipere potuiſſe. *Senecam ſe ipſum accuſare quis credat? Senecae Conſulatus incidit non in an. DCCCXV., quod Ryckio viſum in Tacit. Annal. XIV., 46., ſed in an. DCCCXIV., quod viſum Lipſio in Vit. Senec. c. IV.*

(f) *De directis & utilibus actionibus dicam* Lib. IV. *tit.* IV.

Digitized by Google

tradit Trib. hoc uno diſcrimine, quod quartae detractionem ex legatis verba ipſa Legis permiſerint, detractionem ex fideicommiſſis interpretatio induxerit. Sed nec ſatis habuit Senatus ſola quarta tueri fideicommiſſa; poterat enim heres nolle adire hereditatem: quo caſu cogi eum a Praetore Senatus juſſit hereditatem adire, ac volenti fideicommiſſario ſolidam reſtituere, §. 6. & 7. *h. t.*, & L. *quia* 4. *eod.* In quem modum compelleretur heres adire, non explicarunt veteres Juriſconſulti. Et eſt quidem ea res explicatu perdifficilis; qui enim poteſt liber homo compelli adire, quod, quum facti ſit, ne ſervus quidem poteſt cogi facere, L. 3. C. *de her. inſt.*? Recte ſcribit Vinn. in *d.* §. 6., contumaciam heredis pro aditione eſſe arg. L. 7. §. 1. C. *h. t.* Quo autem omnia, quae pertinent ad Pegaſianum, facile habeas perſpecta, tres caſus ponendi ſunt: primus, ſi heres volens reſtitueret retenta quarta: ſecundus, ſi volens reſtitueret non retenta quarta, ſive obſecundaturus teſtatori, ſive fideicommiſſario gratiſicaturus: tertius, ſi imperio Magiſtratus adiret. Primo caſu fiduciarius *univerſa onera hereditaria ſuſtinebat*, verba ſunt Trib. *d.* §. 5., *ille autem, qui ex fideicommiſſo recepit partem hereditatis, legatarii PARTIARII loco erat, i. e., ejus legatarii, cui pars* (g) *bonorum legabatur* (Formulam habes apud Ulp. *Fragm. XXIV*, 26., *Heres meus cum Titio hereditatem meam partito dividito*) *quae ſpecies legati* (h) *PARTITIO vocabatur, quia cum herede legatarius partiebatur hereditatem: unde quae ſolebant ſtipulationes inter heredem, & partiarium legatarium interponi* (Has *partis, & pro parte ſtipulationes* dixere Paulus *Sent. IV*, 3., Ulp. *Fragm. XXV*, 15., ac Trib. §. 6. *h. t.*) *eaedem interponebantur inter eum, qui ex fideicommiſſo recepit hereditatem, & heredem*. Hujuſmodi ſtipulationum formulas non habemus; quod tamen ſtipulationibus illis id actum inquit Trib., *ut lucrum, & damnum hereditarium pro rata parte inter eos commune eſſet*, eas fingere eſt in proclivi. V. Cujac. *Obſ. II*, 30. Secundo caſu ſuſtinebat itidem heres onera univerſa, ſed inter eum, & fideicommiſſarium *emtae, & venditae hereditatis ſtipulationes interponebantur*. Formulam emtoris dat Ulp. in *L. in illa* 50. §. 1. *de V. O.*, *quanta pecunia ad te pervenerit* (Cujac. addit., *ex hereditate illa*) *dolove malo tuo factum eſt, eritve, quo minus perveniat*, ſubſaudi *tantam præſtari ſpondes*? Formula venditoris non extat, ſed fuiſſe ea rogatum emptorem venditori reſundere *pecuniam hereditario nomine da-*

tam,

(g) *Satius erat dicere* hereditatis; *nam legatarius ille obſtringebatur oneribus hereditariis pro rata*. Hereditas, & bona *ſeparantur in* L. *quod his* 83. §. 3. *de leg.* 3., & L. *cogi* 16. §. 1. *ad Trebel. Hæc ſunt, quae deducto aere alieno ſuperſunt*, L. 39. §. 1. *de V. S.*, *non item illa*. Sed *non raro Juriſconſulti duo iſta vocabula habent promiſcua*, L. 1. & 3. *de bon. poſſ.*, L. *hereditatis* 138. *de V. S.*

(h) *Partitionis meminit Cic. de* LL. *II*, 20. *Miror, non meminiſſe Briſſonium in Libris de V. S. Florentiae in L.* 164. §. 1. *de V. S. mendoſe ſcriptum* partitionis *pro* portionis, *uti habent vulgati Libri, ac certe legerunt Graeci, uſi vocabulo* μερος. *Enarrat ibi Ulp. verbum* portio, *quod eſt a* partitione *prorſus aliud, quodque eodem Ulpiani loco mox ſubditur in ipſis Fl. Pandectis.*

Digitized by Google

tam, i. e. quam venditor *impendit tamquam heres*, colligere eſt ex *L. ſi ex pluribus* 18. *de heredit. vend.* V. Cujac. ibid. Nunc intelligis Tribonianeum illud in §. 3. *h. t.*„ *Qui recepit hereditatem aliquando heredis, aliquando legatarii loco habetur*. Primo caſu nullis ſtipulationibus erat opus; nam quod heres coactus, ac proinde non ſuo, ſed alieno periculo adibat, reſtituebatque hereditam ex *S. C.* Pegaſiano: actiones omnes hereditariae in fideicommiſſarium transferebantur, perinde quaſi ex S. C. Trebelliano reſtituita hereditas eſſet, *L.* 4. *h. t.*: quo ſenſu *utrumque* S. C. *concurrere* ſcripſit Trib. Tandem ſtipulationes illas *ex Pegaſiano deſcendentes*, h. e. S. C. ad hereditatis reſtitutionem translatas ſuſtulit Juſtinianus, auctoritate motus quorundam veterum Juriſconſultorum, quibus illae *diſplicebant*, ac nominatim Papiniani, qui eas ajebat aliquando eſſe *captioſas*, i. e. *damnoſas*: qua ſignificatione *captioſum* recte opponitur *lucroſo* in *L. quod autem 6.* §. 10. *D. quae in fraud. cred.*; namque heres, qui reſtituta hereditate non deſierat heres eſſe dare creditoribus debebat; tum repetere a fideicommiſſario: contra hic agere cum herede ejus pecuniae cauſſa, quam hereditario nomine exegerat: quae res ſemper moleſta, aliquando etiam non ex voto cedebat; vimque omnem Pegaſiani in Trebellianum transfudit. Igitur nova Juſtiniani Conſtitutione, quae non alibi extat quam in §. 7. *h. t. exploſo Pegaſiano* hereditas ex ſolo Trebelliano reſtituitur: ex eo ſolo quartam retinet, vel quod deeſt quartae, quae iſtam ob cauſſam *Trebellianicae* nomen apud noſtros invenit: ex eo ſolo communicantur pro rata actiones: ex eo adire heres compellitur; ex eoque demum reſtituta ſive ſponte heredis, ſive imperio Magiſtratus hereditate univerſa actiones omnes in fideicommiſſarium transferuntur, *d.* §. 7.: neque intereſt, num ex aſſe quis, totamve partem, aut partem hereditatis, partemve partis reſtituere rogetur, §. 8. *h. t.*, nam quae totius, eadem eſſe debet ratio partis, *L. quae de tota 76. de rei vind.* Aliud jus eſt de eo, qui ex una re certa; pluribuſve ſcriptus heres reſtituere rogatus eſt hereditatem, ea re una, pluribuſve deductis praeceptiſve; namque is legatarii loco eſt, §. 9. *h. t.*, & *L.* 13. *C. de hered. inſtit.*: proinde in eum, cui hereditas reſtituitur, actiones ex Trebelliano in ſolidum tranſeunt, ea, iiſve certis rebus ſine ullo onere hereditario remanentibus apud heredem, quaſi ex legati cauſſa, quamvis ea, eaeve res ſint infra quartam, aut quartam contineant, & vero etiam maximam partem hereditatis, *d.* §. 9.

§. XII. Reliqua eſt Juſtiniani Conſtitutio in *L. ult. C. de fideic.*, quam proponit Trib. §. 12. *h. t.* Si quis relictum ſibi dicat ab herede, legatario, fideicommiſſariove hereditatis, certaeve rei fideicommiſſum, cujus neque ſcriptura, nec legitimus quinque teſtium numerus faciat fidem, poteſt is, prius de calumnia juratus, ſi hoc exigatur, ſecundum juris regulam in *L. jusjurandum* 34. *de jurejur.*, neganti reo deferre jusjurandum, quod ſubire compellitur reus, nec poteſt referre, quum is ſolus noſſe rem queat: quae item regula eſt juris, *L. Marcellus* 11. & *ſeqq. rer. amot.* Si reus jusjurandum recuſaverit, praeſtare fideicommiſſum cogetur, *nam manifeſtae turpitudinis & confeſſionis eſt*, quum referri jusjurandum non

po-

poteſt, *nolle jurare*, *L.* 38. *de jurej.* Ita in gratiam fideicommiſſi, quod, ut loquitur Trib., *a fide heredum pendet*, *& tam nomen*, *quam ſubſtantiam accepit*, ejus probatio contra receptam ſententiam juris proficiſcitur ab ipſo reo. Antea deerat ratio, qua heredi fraudulento extorqueretur fideicommiſſum (V. Tull. *De fin. II*, 18.) nec eſſe aliae poterant partes judicis, quam hae, ut heredis *conſcientiam ſcrutaretur*. Auct. Declam. *Decl.* 325. Quod ſi is, *poſtquam negaverit*, fateatur quidem fideicommiſſum, ſed *ad Legis ſubtilitatem recurrat*, h. e. minus ſolenniter relictum dicat, puta non adhibitis quinque teſtibus, qui eſt *legitimus* numerus *in fideicommiſſis*, *L. ult. C. de codicill.*, hoc quoque caſu fideicommiſſum praeſtabit, *d.* §. 12. Τὸ *poſtquam negaverit* non eſt in Conſtitutione Juſtiniani, non apud Theophilum, non in antiquis libris MSS., & certe inſititium eſt. Joh. Borcholten, aliique nonnulli Triboniani locum ita accipiunt, quaſi addititium illud, *poſtquam negaverit*, ſit inibi ſubaudiendum, hoc argumento, quod, niſi ponas eo caſu praeſtationem fideicommiſſi poenam eſſe mendacii, obſtabunt *L.* 2., & L. 23. C. *de fideic.*, quae fideicommiſſum minus ſolenniter relictum retineri permittunt ab eo, qui rogatus eſt: quam interpretationem, obloquantur, quantum volunt, magni nominis interpretes, magis probo.

TITULUS XXIV.

De ſingulis rebus per fideicommiſſum relictis.

POſtquam Juſtinianus in *L.* 2. *C. comm. de leg.* fideicommiſſa rerum ſingularum legatis, itemque haec illis per omnia exaequavit; quae *tit. XX. h. Lib.* de legatis ſunt dicta, eadem ſunt de fideicommiſſis intelligenda. At enim inquit *pr. h. t.* Trib., a legatario poſſe relinqui fideicommiſſum, legatum non poſſe. Ita quidem, ſed certe Triboniano iſta deſcribenti ex vetere aliquo Juriſconſulto, & fortaſſe ex Gajo *Inſt. II*, 7. 3. non ſuccurrit nova Imperatoris ſui Conſtitutio. Quantum ad formulam, legari a legatario poteſt non ſolum per damnationem, aut per ſinendi modum, ſed etiam per vindicationem, velut, *Maevio mille do lego*, *& a Maevio centum Sejo*. A. Schulting., in *Gajum* loc. cit. Eſt adnotatu dignum, quod ex *L. 6. C. de fideic. libert.* ſcribit Trib. §. 2. *h. t.* de libertate ſervo alieno per fideicommiſſum relicta, ſi dominus vendere ſervum nolit (poteſt nolle, ſi nihil ex judicio fideicommittentis perceperit, alias cogendus eſt vendere) non deficere fideicommiſſum, ſed eſſe exſpectandam ſervi redimendi occaſionem. Quae de liberto orcino addit Trib., jam tradidi *Lib. I. tit. 5. p. 69.*

TI-

Digitized by Google

TITULUS XXV.

De codicillis.

PR. & §. I. Codicillus (nam ſingulari numero profertur in *L. is qui* 19. *de jur. cod.*, & *L. ſi ita* 38. *de cond. & dem.*; licet *ſemper*, i. e. *fere ſemper*, ſeu *plerumque* plurativo numero *codicillos* dici, ſcribat Gajus in *L.* 148. *de V. S.*) eſt parvus codex, ac brevitate ſola a codice differt. Hotom. *Obſ. IV*, I. Apud Senecam *Ep. LV.* *codicilli* ſunt breves illae epiſtolae, quae dari ad praeſentes ſolent. In *L. miles* 75., & in *L. quum pater* 77. §. 26. *de leg.* 2. codicilli dicuntur *epiſtolae*: & vero illi pariter, ut hae, habebant quandoque praefationem ſalutis, *L. quum quis* 37. §. 2. *de leg.* 3., & *L. alumnae* 30. §. 1. *de adim. leg.* V. Briſſon. *Lib. VIII. de form.*, & Pancirol. *Lect. I*, 29. Codicillos pulcre definit Cujacius *Parat. D & C. h. t.* teſtati, inteſtative hominis voluntatem minus ſolennem. Eorum originem habes apud unum Tribonianum *pr. h. t.* Lucius Lentulus (a), quum decederet in Africa, codicillos ſcripſit *teſtamento confirmatos*, quibus ab Auguſto, & filia ſua coheredibus *petiit per fideicommiſſum*, ut ille *aliquid faceret*, haec ſolveret *legata*, h. e., fideicommiſſa. Auguſtus ex conſilio Prudentum, maxime Trebatii Teſtae, Lentuli factum probavit, ſicque aliis facere codicillos permiſit. Id utile, & vero etiam neceſſarium civibus eſſe, Trebatius ajebat *propter longas peregrinationes, ubi ſi quis teſtamentum facere non poſſet*, quod facile non eſſet ei ſeptem teſtes Romanos cives adhibere, *tamen codicillos poſſet*: quumque tum Labeo codicillos feciſſet, *jam nemini dubium erat, quin codicilli jure optimo admitterentur*: tanti erat auctoritas Labeonis, de quo v. Gell. *Noct. XIII*, 12. Scripſiſſe Lentulum *codicillos teſtamento confirmatos*, inquit Trib. De codicillis teſtamento confirmatis, aut non confirmatis haec Paulus in *L.* 8. *pr. h. t.*, *Conficiuntur codicilli quatuor modis; aut enim in futurum confirmantur, aut in praeteritum, aut per fideicommiſſum teſtamento facto, aut ſine teſtamento.* Priores duo modi ad codicillos confirmatos pertinent: poſteriores ad non confirmatos. Ergo, ubi Paulus ait, *aut per fideicommiſſum teſtamento facto, aut ſine teſtamento* eſt ibi ſubaudiendum *τὸ conficiuntur*, non *τὸ confirmantur*. Codicilli dicuntur confirmari in futurum, ſi fiant poſt teſtamentum, inſerta huic formula illa Lucii Titii apud Marcellum in *L. ult. de fideic. lib.*, *Si quos codicillos reliquero, valere volo*, aliave ſimili. Confirmantur in praeteritum, ſi quos codicillos ante teſtamentum fecit, eos teſtator facto dein teſtamento velit valere. Igitur non alias *confirmatos* dixeris, quam ſi eorum facta ſit mentio in teſtamento. Codicillorum *non confirmatorum* alii fiunt *per fideicommiſſum teſtamen-*

(a) *Hujus Lentuli meminere Dio Caſſ. pr. Lib. XLI., & numus argenteus apud Pancir. Lect. II*, 281. *in haec verba*, L. Lentulus Flam. Mart., *h. e.* Flamen Martialis. *Eum an.* 751. *Conſulatum geſſiſſe eum M. Valerio Meſſalino, probat vetus inſcriptio apud Rein. Claſſ.* 10. *num.* 3. *p.* 597. *Alius ab eo fuit Cn. Lentulus Augur.*

Digitized by Google

mento facto : alii *ſine teſtamento* . Hos facit inteſtato decedens hac formula, *Quiſquis mihi heres erit , bonorumve poſſeſſor , ejus fidei committo* , *L. ſi quis* 3. *eod.* : illos facit teſtato moriens, nulla tamen habita illorum mentione in teſtamento. Sed τὸ *per fideicommiſſum* apud Paulum argumento eſt, in codicillis confirmatis etiam directo potuiſſe relinqui : in non confirmatis non alias quam per fideicommiſſum : quod quum multis *D.* locis non obſcure ſignificatur , tum diſerte traditur a Gajo *Inſt.* II. 7. 8. Egregie , ut nihil ſupra , de hac re amicus meus Emmanuel Dunius *De jur. codic.* I , 10. Verum nova Iuſtiniani Conſtitutione in *L.* 2. *C. comm. de leg.* poteſt etiam in non confirmatis directo relinqui : unde ſupervacuum Triboniano viſum proponere h. t. codicillorum diviſionem in confirmatos , & non confirmatos . O ſi veteris diſcriminis veſtigia non reliquiſſet in Libris juris . Haec una nunc ſupereſt codicillorum partitio in eos qui *fiunt ad teſtamentum* , quales erant olim etiam non confirmati , *L. poſt legatum* 5. §. 14. *de his* , *quae ut indign.* , & eos qui fiunt ab inteſtato . Hi quod *vicem exibent teſtamenti* , ſua vi conſiſtunt : illi *jus teſtamenti ſequuntur* , nec alias valent , quam ſi valeat teſtamentum , *L. ab inteſtato* 16. *de jur. codic.* Num autem poſt , an ante teſtamentum fiant , nihil intereſt . Sed ante factos non aliter valere , ajebat Papinianus , *quam ſi ſpeciali voluntate poſtea confirmarentur* , §. 1. *t.* : quae verba non pertinere ad antiquam codicillorum diviſionem in confirmatos , & non confirmatos , probat locus ille Papiniani , quo Trib. ſpectavit , in *L.* 5. , *Ante tabulas teſtatamenti codicilli facti non aliter valent , quam ſi teſtamento , quod poſtea factum eſt , vel codicillis confirmentur . aut voluntas eorum quocumque indicio retineatur* . Quod codicilli , de quibus loquitur Papinianus , non ſolum teſtamento , quo uno olim confirmabantur , ſed & aliis codicillis , & quocumque indicio confirmantur , ex eo intelligis , omnino aliud heic agi . Et vero quaeritur haeic de mutata , aut retenta voluntate ejus , qui fecerat codicillos : cui quaeſtioni nunc quoque eſt locus . Fortaſſe autem ratio , cur ita ſenſerit Papin. , haec fuit quod qui non facto teſtamento codicillos facit , tum facit teſtamentum nulla codicillorum mentione , nolle videatur eos valere . At vero Severum & Antoninum reſcripſiſſe , addit Trib. , poſſe ex iis codicillis peti fideicommiſſum , *ſi appareat , eum , qui teſtamentum fecit , a voluntate , quam in codicillis expreſſerat , non receſſiſſe* . Haec num ipſa ſint verba Principalis reſcripti , an Triboniani , quem unum reſcripti teſtem habemus , definiri non poteſt . Porro vix poteſt intelligi , cur Tribonianus Papiniani reſponſum , ac reſcriptum Imperatorum tanquam pugnantia proponat eo verbo , *Sed Divi Sev. & Ant. reſcripſerunt* ; quum tamen illa pugnantia non ſint . Num putas , τὸ *ſed* apud Tribonianum vim adverſantis particulae non habere ? In hac opinione eſt Cl. Dunius I , 11. 10. , quam ego confirmari facile poſſe ajo multis Pandectarum locis , quibus *ſed* valet idem , quod *ſed &* . V. Cujac. *Obſ. XXV* , 10. At ne in eam opinionem dilabar , facit , quod Trib. primum ex Papiniani ſententia ſcribit , opus eſſe codicillos *ſpeciali voluntate poſtea confirmari* : tum ex ſententia Impp. ſubdit , ſatis eſſe , ſi *appareat* , eum , qui poſt codicillos fecit teſtamentum , *a voluntate non receſſiſſe* . Ex ſententia Papiniani expreſſam confirmationem

Digitized by Google

ita requirit, ut non expreſſam excludat: ex ſententia Imperatorum etiam non expreſſam admittit. Nonne autem adverſa ſunt *expreſſum*, & *non expreſſum*? Sunt ea quidem adeo adverſa, ut multa ſint, quae, ſi expreſſe conſentias, valent, non item, ſi tacite. At enim Papinianus in *d. L.* 25. contentus eſt etiam *quocumque indicio* voluntatis. Video, ſed prorſus ſentio cum iis, qui *τὸ aut voluntas eorum quocumque indicio retineatur* a Triboniano adſutum contendunt: quod alias ab eo, & pro ſuo jure factum. Et ego quidem ejus manum adgnoſco in *τῷ eorum*, quod ad codicillos refertur. *Voluntas codicillorum* phraſis eſt inſolentiſſima in Libris Romanorum Juriſconſultorum. Hos *mentem Legis* quandoque dixiſſe ſcio: at *codicillorum voluntatem*, aut *mentem teſtamenti* dixiſſe, adhuc non comperi.

§. II. Codicillis ſolus miles jure ſingulari poteſt facere heredem, *L. militis* 36. *de teſt. mil.*: alios dare non poſſe hereditatem, *per manus traditum*, ſcribit Papin. in *L.* 10. *h. t.*, ne, quod ait haeic Trib., confundatur jus codicillorum, ac teſtamenti, quo tantum inſtitui heredes permiſſum eſt. Eadem ratio facit, ne codicillis poſſint ſubſtituere, exheredare, hereditatemve adimere quoquo modo, etiam adjecta heredi teſtamento pure inſtituto conditione, nam qui codicillis adjicit conditionem, in hujus defectu de ademtione hereditatis cogitaſſe intelligitur, *h.* §.; & L. *quidam* 27. §. 1. *de condit. inſt.* Haec ita cauta ſunt de inſtitutione, aut ſubſtitutione directa: fideicommiſſariam recte poſſe codicillis comprehendi, exploratiſſimi juris eſt, *d.* §., & L. 2. C. *h. t.*

§. III. Codicillos etiam plures quis facere poteſt non ſolum exemplis, quo ſenſu plura unius teſtamenta eſſe poſſunt, ſed etiam re, L. *Divi* 6. §. 1. *D.*, & *L.* 3. *C. h. t.*: quo ſenſu nonniſi unum unius eſſe teſtamentum poteſt, nam teſtamento agitur de ſucceſſione univerſa, quae eſſe non poteſt niſi una. Porro codicilli *nullam ſollennitatem ordinationis deſiderant*, *h.* §. At enim quinque teſtes adeſſe codicillis, quamvis non rogatos, hoſque, ſi illi ſcripto fierent, ſubſcribere, &, quod actus ſolennis proprium eſt, uno contextu eos fieri voluit Theodoſius in L. *ult.* §. *ult. C. eod.* Quidquid putent alii, ſic perſuaſum eſt mihi de ea re, Tribonianum illa diſcribentem ex *d. L.* 6. §. 1. *h. t.* fugiſſe jus novum. Sed nec novi juris auctor Theodoſius, cujus Conſtitutio ſubjecta *titulo C. Th. de teſtamentis, & codicillis* num. VIII. nihil habet eorum, quae tum illi acceſſerunt a manu Triboniani, quum eam retulit in Codicem ſuum. Meo judicio de iſtius novi juris auctore non liquet. Sive Theodoſio, ſive Juſtiniano adſcribas, non intercedam; modo alterutrius Conſtitutionem deperiiſſe concedas. Juſtiniani Conſtitutio in *L. un.* §. 1. & 2. *C. de Latin. lib. toll.*, quam laudant nonnulli in eam rem, de numero teſtium loquitur, de uno actionis contextu tacet. Hoc plus de ea re agit, tanquam de re jam ante conſtituta.

FINIS.

592975